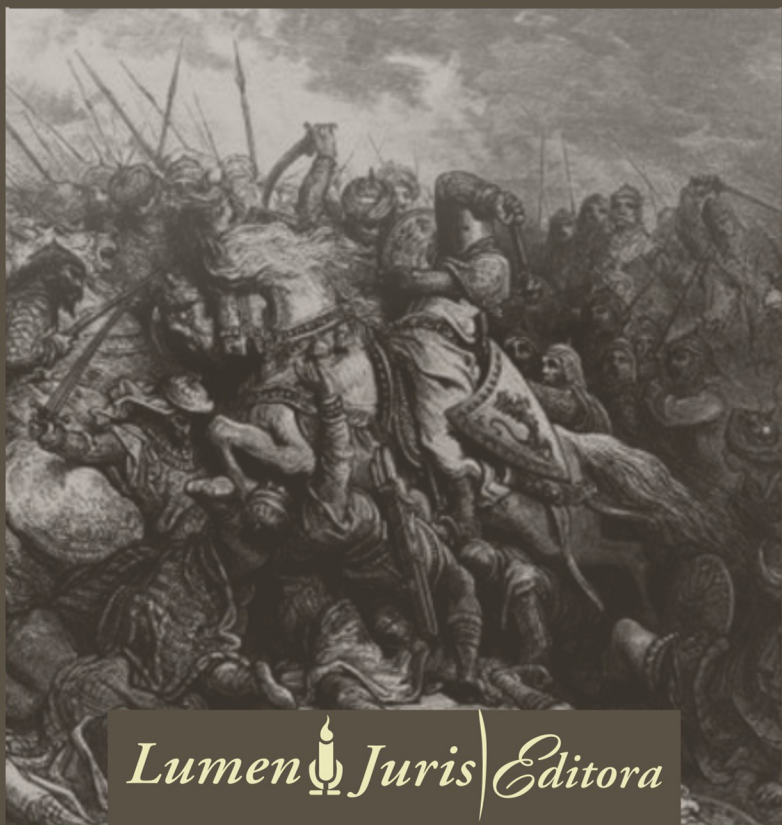
Flávia Lages de Castro

8ª edição

História do Direito

Geral e Brasil

Lumen Juris Editora

História do Direito Geral e Brasil

Flávia Lages de Castro
Mestre em História Social

História do Direito Geral e Brasil

8ª edição

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2010

Para minha mãe.

Prefácio

Foi com grande prazer que recebemos o convite da Professora Flávia Lages para prefaciar seu livro *História do Direito – Geral e Brasil*. Sabemos que sua escolha não foi, como poderia parecer *a priori*, por sermos historiadoras e tampouco por nosso conhecimento do Direito Romano. Temos certeza de que a amizade nasceu entre nós no Mestrado em História da USS, quando fomos professoras e sua Orientadora foi responsável pela gentileza de Flávia. Naquela ocasião a autora iniciava sua caminhada na difícil "arte de escrever", quando defendeu com brilhantismo sua Dissertação de Mestrado e redigiu seu primeiro trabalho como historiadora.

Nossa alegria foi enorme ao vê-la continuar seu caminho, escrevendo este livro, onde procura defender verdades incontestes, nem sempre compreendidas pela comunidade acadêmica. Referimo-nos à importância que muitas vezes não é concedida ao conhecimento histórico por especialistas de algumas áreas das Ciências Sociais.

Flávia, ao conseguir desenvolver de forma sintética assunto tão abrangente e complexo, mostrou sua inclinação para Pesquisa Científica, revelando que a defesa de sua Dissertação não foi somente uma exigência para conclusão do Curso de Mestrado em História Social.

A História do Direito é condição *sine qua non* para que os futuros advogados possam melhor conhecer as estruturas, as conjunturas e o contexto que levaram os legisladores a elaborarem as normas do Direito.

A leitura de sua obra é importante não só para os estudantes que desejam conhecer a história do Direito, mas também para os profissionais e o público em geral.

A escrita do livro de Flávia não se reduz a uma narrativa histórico-linear, "fragmentada em migalhas". É um trabalho que incentiva o leitor à pesquisa e à reflexão crítica.

Seu estilo é objetivo, despojado, elegante e de agradável leitura, embora sua narrativa pouco convencional reflita sua personalidade, sua formação e um profundo conhecimento da Metodologia Científica.

No decorrer da leitura de seu Texto, sente-se sua constante preocupação em realizar ensaios reflexivos acerca do Direito dos diferentes

povos, inclusive especificamente a trajetória brasileira no campo de sua análise. Seu livro constitui um amplo painel sobre o Direito de diferentes Civilizações, compreendidas sob o ponto de vista político, econômico e cultural. Em decorrência desse fato, podemos considerá-lo ao mesmo tempo analítico, sintético e polêmico.

Não é por apresentar uma visão de conjunto sobre a história do Direito que deve ser considerado genérico ou apenas como um simples Manual. Embora esse tipo de abordagem possa conduzir a generalizações, isso não acontece com Flávia porque seu Texto não perde de vista a reflexão. Seu mérito repousa justamente na contundência com que a autora procura a reflexão e não no fato de revisar ocorrências passadas.

O livro da autora trata de forma sintética de aspectos importantes da evolução jurídica, mas não o faz de forma linear e cronológica porque analisa, critica e interpreta os fatos. Nele a história do Direito é vista em um viés pouco explorado em obras similares porque contém informação, reflexão e fundamentação.

Como especialista em História Romana, dentre tantos pontos que consideramos fundamentais, e absolutamente indispensáveis, analisados por Flávia Lages e que podem ser considerados polêmicos, comentaremos especificamente aqueles que se referem ao Direito Romano.

A autora, ao afirmar a grande importância do Direito Romano na atualidade para os advogados e juristas, é profundamente pertinente.

Não é possível que se ignore o legado do Direito Romano para o pensamento jurídico ocidental, nem sua importância para o Direito Civil em seu ordenamento jurídico.

A Lei das Doze Tábuas também não foi esquecida pela autora. Como deixar de lembrar a Lei que assinalou a passagem do direito oral para o direito escrito, a primeira compilação do Direito Romano que serviria de base ao Direito Público de Roma até a época do Imperador Juliano?

O simples fato de admitir a igualdade de todos os cidadãos romanos perante a Lei e a soberania do povo faz da Lei das Doze Tábuas um documento de grande relevância para conhecimento da história do Direito.

O *Corpus Iuris Civilis*, codificação do Direito, feita na época de Justiniano, teve influência significativa nos Códigos Modernos e permitiu o conhecimento das obras dos grandes jurisconsultos romanos.

É difícil avaliarmos o valor de nosso débito intelectual para com Roma no que se refere ao legado do Direito Romano, pois os romanos

fundaram, desenvolveram e sistematizaram a jurisprudência no mundo.

Todas essas premissas lembradas por Flávia corroboram a defesa de sua propositura: a necessidade do estudo do Direito Romano.

Gostaríamos de continuar analisando toda a Síntese elaborada pela autora, mas certamente não terminaríamos a redação deste Prefácio.

Não podemos, porém, finalizar esta Introdução sem deixar de enfatizar um dos pontos mais relevantes do trabalho de Flávia Lages. A autora conseguiu redigir uma obra geral sobre a História do Direito baseada em uma pesquisa profunda e acurada de Fontes Primárias, o que torna a leitura do seu Texto indispensável para todos os estudiosos do Direito.

Convidamos o leitor a percorrer a *História do Direito – Geral e Brasil* de Flávia Lages e a olhar com admiração o excelente trabalho empreendido pela jovem e talentosa historiadora.

Marilda Corrêa Ciribelli
Doutora em História pela USP
Pós-doutora em História Social pela UFRJ

INTRODUÇÃO
HISTÓRIA E HISTÓRIA DO DIREITO

O que é História? O que é História do Direito? Quais pontos História e Direito têm em comum? Qual o objetivo do estudo de História do Direito? Ao responder a essas perguntas, estaremos mais aptos a compreender de fato a História do Direito dos Povos e das Culturas que estudaremos a seguir.

Essa necessidade do conhecimento do objeto, antes de uma análise de seus pontos, é a base para a compreensão global do objeto de estudo de qualquer ciência.

1. História

Quando se pensa em História, a palavra 'passado' logo nos vem à mente. O passado seria história? Todo o passado? Tudo no passado? Uma bela frase pode iniciar nosso raciocínio:

> "A história é a memória da humanidade, mas não é suficiente recordar para ser historiador."[1]

Sem dúvida, o tempo é a dimensão do trabalho do historiador, mas analisemos:

– é possível "história das baleias"?
– não parece menos estranho "história da caça às baleias"?

A "história das baleias" não é possível, porque as baleias não transformam, não se transformam... A transformação é a essência da História, e somente o ser humano pode executar tal tarefa. Por isso, a "História da caça às baleias" parece soar menos estranho aos nossos ouvidos. Quem caça é o homem, e essa atitude (que hoje em dia é um tanto estúpida) mudou no tempo.

1 EHRARDE e PALMADE *apud* CHAUNU, Pierre. **A história como ciência social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 23.

Pode-se, então, chegar à primeira conclusão acerca da História: seu objeto é o homem, isto é, o estudo da História concentra-se no Ser Humano e a sucessão temporal de seus atos.[2]

O Ser Humano estudando o ser humano, qual o objetivo? Por que isso nos é tão caro? Por que é tão importante mesmo para pessoas comuns? Paul Veyne apresenta dois motivos:

> "Primeiramente, o fato de pertencermos a um grupo nacional, familiar... pode fazer com que o passado desse grupo tenha um atrativo particular para nós; a segunda razão é a curiosidade, seja anedótica ou acompanhada de uma exigência da inteligibilidade."[3]

2. Direito

A palavra 'Direito', bem como ele próprio no sentido amplo da Ciência do Direito, vem dos Romanos antigos e é a soma da palavra *DIS* (muito) + *RECTUM* (reto, justo, certo), ou seja, Direito em sua origem significa o que é muito justo, o que tem justiça.

Entende-se, em sentido comum, o Direito como sendo o conjunto de normas para a aplicação da justiça e a minimização de conflitos de uma dada sociedade.[4] Essas normas, essas regras, essa sociedade não são possíveis sem o Homem, porque é o Ser Humano quem faz o Direito e é para ele que o Direito é feito.

Essa dependência do fator humano é exteriorizada por Vicente Ráo da seguinte maneira:

> "O direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem."[5]

---

2 BLOCH, Marc. **Introdução à história**. Sintra: Europa-América, [19- –]. CARR, E. H. **Que é história?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. BESSELAAR, J. V. D. **Introdução aos estudos históricos**. 3. ed. São Paulo: Herder, 1970.

3 VEYNE, Paul. **Como se escreve a história:** Foucault revoluciona a história. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 69.

4 Não se pretende aqui oferecer a melhor definição de Direito, mas, só o suficiente para uma análise que possibilite a compreensão de História do Direito.

5 RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: 1999. p. 51.

O Jurisconsulto romano Ulpiano nos dá uma lição do que é o Direito, indicando os tipos de direito e definindo-os. Vale a pena encerrar essa definição com a lição, dedicada aos estudantes de Direito, desse mestre da Antiguidade:

> "Os que se vão dedicar ao estudo do Direito devem começar por saber donde vem a palavra 'ius'. Na verdade, provem de 'iustitia': pois (retomando uma elegante definição de Celso) o direito é a arte do bom e do eqüitativo. § 1. Pelo que há quem nos chame de sacerdotes. Na verdade, cultivamos a justiça e, utilizando o conhecimento do bom e do eqüitativo, separamos o justo do injusto, distinguimos o lícito do ilícito... § 2. Há duas partes neste estudo: o direito público, que diz respeito ao estado das coisas de Roma; e o privado, relativo à utilidade os particulares, pois certas utilidades são públicas e outras, privadas. O direito público consiste (nas normas relativas) às coisas sagradas, aos sacerdotes e magistrados. O direito privado é tripartido: é, de fato, coligido de preceitos naturais, ou das gentes, ou civis."[6]

3. História do Direito

Já foi possível perceber que História e Direito têm algo em comum: o Homem. Assim, partindo do Ser Humano, é necessário salientar alguns pontos primordiais.

O Homem é naturalmente produtor de Cultura. Não somente aquilo que chamam comumente de cultura, como saber sobre autores clás-

6 ULPIANO. **Digesta de Justiniano.** Líber Primus. I: DE IUSTITIA ET IURI. "*Iuri operam daturi prius nosse oportet unde nomen iuris decendat, Est autem a iustitia appelatum: nam (ut eleganter Celsus definit) ius est ars boni et aequi. §1. Cujus mérito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam nanque collimus, et boni et aequi notitiam profitemur; aequum ab iníquo separantes, licitum ab illicitum discernentes... §2. Hujus sutdii duae sunt positiones: publicum jus est, quod ad statum rei romane spectat; privatum , quod a singulori utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripertitum est: collectum etenim est ex naturabilus praeceptibus, aut gentium, aut civilibus.*"

sicos, vinhos caros e literatos, mas a Cultura no sentido correto da palavra.

Entende-se por Cultura "o processo pelo qual o homem acumula as experiências que vai sendo capaz de realizar, discerne entre elas, fixa as de efeito favorável e, como resultado da ação exercida, converte em idéias as imagens e lembranças [...]."[7] Isto é, tudo o que o homem produz faz parte da cultura do homem.

A cultura é temporal, histórica. Ela depende do momento em que determinado indivíduo ou comunidade estão vivendo para ter as características que a definem. Assim, como afirma o velho professor Bloch, baseando-se em um ditado árabe:

> "O Homem se parece mais com seu tempo que com seus país."[8]

Pode-se concluir, portanto, que, sendo o Direito uma produção humana, ele também é cultura e é produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida. Plagiando o ditado árabe, poderíamos afirmar que o direito se parece com a necessidade histórica da sociedade que o produziu; é, portanto, uma produção cultural e um reflexo das exigências dessa sociedade.

Conforme as belas palavras de Jayme de Altavila:

> "Os direitos dos povos equivalem precisamente ao seu tempo e se explicam no espaço de sua gestação. Absurdos, dogmáticos, lúcidos e liberais – foram, todavia, os anseios, as conquistas e os baluartes de milhões de seres que, para eles, levantariam as mãos, em gesto de súplica ou de enternecido reconhecimento."[9]

4. Objetivos do Estudo de História do Direito

A História do Direito é primordial para o estudante de Direito na medida em que o auxilia na compreensão das conexões que existem entre

---

7 PINTO, V. *apud* ARANHA, M. L. de A. Martins, M. H. P. **Filosofando:** introdução à filosofia São Paulo: Moderna, 1986.

8 BLOCH, Marc. *Op. cit.,* p. 36.

9 ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 16.

a sociedade, suas características, e o direito que produziu, "treinando-o" para uma melhor visualização e entendimento do próprio direito.

A História em si tem muito deste objetivo; ela é, nas palavras de Collingwood, para "autoconhecimento" não somente pessoal ou social, mas também no exercício de tarefas profissionais.

> "Conhecer-se a si mesmo significa saber o que se pode fazer. E como ninguém sabe o que pode antes de tentar, a única indicação para aquilo que o homem pode fazer é aquilo que já fez. O valor da história está então em ensinar-nos o que o homem tem feito e, deste, modo, o que o homem é."[10]

Portanto, o valor do estudo da História do Direito não está em ensinar-nos não somente o que o direito tem "feito", mas o que o direito é. Tendo isso em mente, podemos avançar neste estudo, buscando compreender não somente as regras de povos que viveram no passado, mas sua ligação com a sociedade que a produziu, para assim, e somente assim, entender o "nosso" Direito.

5. Este Livro

O Principal objetivo deste livro é dar ao leitor um espectro geral da História do Direito, a partir da compreensão da sociedade que envolveu a elaboração das leis. Tomando por pressuposto lógico que não são as leis que formam uma sociedade, mas que estas, históricas em si, são feitas a partir do que uma sociedade pensa ou deseja de si.

Para que isso pudesse ser feito, dada a abrangência do tema, foram escolhidos cronologicamente alguns povos e respectivas legislações que pudessem contribuir para a compreensão da ligação entre o povo e suas leis e/ou para o entendimento da legislação brasileira e sua história.

Tomando por base fontes secundárias de história e Direito, bem como fontes primárias relativas às leis propriamente ditas, analisamos pormenorizadamente, sempre que possível, a conexão sociolegal existente.

10 COLLINGWOOD, R. G. **A idéia de história** Lisboa: Presença, 1972, p. 17.

Assim, podemos pensar de fato em uma História do Direito. Não com um olhar descritivo sobre leis do passado que parecem ter surgido do nada, mas a partir do caráter, intenção e noções de moral e objetivos dos povos que acharam por bem escrever suas normas.

CAPÍTULO I
O DIREITO DOS POVOS SEM ESCRITA

Embora algumas vezes as pessoas confundam Direito e Lei escrita, se partirmos do pressuposto de que um conjunto de regras ou normas que regulamentam uma sociedade pode ser chamado (ainda que humildemente) de direito, todas as comunidades humanas que existem ou existiram no mundo – indiferentemente de quaisquer características que tenham – produziram ou produzem seu "Direito".

Só podemos estudar História e, portanto, História do Direito a partir do advento da escrita (que varia no tempo de povo para povo), antes disso chamamos de Pré-história.

A Pré-história do direito é um longo caminho de evolução jurídica que povos percorreram e, apesar de podermos supor que foi uma estrada bastante rica, temos a dificuldade, pela falta da escrita, de ter acesso a ela.

Essa riqueza pode ser comprovada pelo fato de as sociedades, ao se utilizarem pela primeira vez da escrita (e do direito escrito), já terem instituições que dependem muito de conceitos jurídicos, como casamento, poder paternal ou maternal, propriedade, contratos (ainda que verbais), hierarquia no poder público etc.

As origens do Direito situam-se na formação das sociedades e isso remonta a épocas muito anteriores à escrita, e o que se mostra mais interessante neste estudo especificamente é que, dependendo do povo de que tratamos, essa "época" ainda é hoje.

Povos sem escrita ou ágrafos (a= negação + grafos= escrita) não têm um tempo determinado. Podem ser os homens da caverna de 3.000 a.C. ou os índios brasileiros até a chegada de Cabral, ou até mesmo as tribos da floresta Amazônica que ainda hoje não entraram em contato com o homem branco.

Diante dessa multiplicidade de povos e tempos podemos somente comentar algumas características gerais desses grupos. Em geral, não têm grande desenvolvimento tecnológico, e somente uma minoria tem agricultura. São, em sua maior parte, caçadores-coletores e como tais seminômades ou nômades. Os povos ágrafos que possuem agricultura

são sedentários e todos eles, sem exceção, baseiam seu dia a dia em uma religiosidade profunda.

Pela quantidade desses direitos e a sua diversidade buscamos então, como introdução ao estudo de História do Direito, apontar características e fontes do direito comuns que auxiliam na compreensão de um todo tão distinto.

1. Características Gerais dos Direitos dos Povos Ágrafos[11]

√ *São Abstratos*: como são direitos não escritos, a possibilidade de abstração fica limitada. As regras devem ser decoradas e passadas de pessoa para pessoa da forma mais clara possível.

√ *São Numerosos*: cada comunidade tem seu próprio costume e vive isolada no espaço e, muitas vezes, no tempo. Os raros contatos entre grupos vizinhos (que porventura vivem no mesmo tempo e dividem o mesmo espaço) têm como objetivo a guerra.

√ *São Relativamente Diversificados*: essa distância (no tempo e no espaço) faz com que cada comunidade produza mais dissemelhanças do que semelhanças em seus direitos.

√ *São Impregnados de Religiosidade*: como a maior parte dos fenômenos são explicados, por esses povos, através da religião, a regra jurídica não foge a esse contexto. Na maior parte das vezes, a distinção entre regra religiosa e regra jurídica torna-se impossível.

√ *São Direitos em Nascimento*: a diferença entre o que é jurídico e o que não é muito difícil. Essa distinção só se torna possível quando o direito passa do comportamento inconsciente (derivado de puro reflexo) ao comportamento consciente, fruto de reflexão.

2. Fontes dos Direitos dos Povos Ágrafos

11 Neste ponto seguiremos de perto os apontamentos de GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1995, p. 31 e ss.

Entendemos como “fontes de direito” tudo aquilo que é utilizado como base ou “inspiração” para a feitura de regras ou códigos.

Os povos ágrafos basicamente utilizam os Costumes como fonte de suas normas, ou seja, o que é tradicional no viver e conviver de sua comunidade torna-se regra a ser seguida.[12]

Entretanto, o costume não é a única fonte do direito desses povos. Nos grupos sociais onde se pode distinguir pessoas que detêm algum tipo de poder, estes impõem regras de comportamento, dando ordens que acabam tendo caráter geral e permanente.

O precedente também é utilizado como fonte. As pessoas que julgam (chefes ou anciãos) tendem a, voluntária ou involuntariamente, aplicar soluções já utilizadas anteriormente.

3. Transmissão das Regras

Muitos grupos utilizam o procedimento de, em intervalos regulares de tempo, terem suas regras enunciadas a todos pelo chefe (ou chefes) ou anciãos. Outras formas são os Provérbios e Adágios que desempenham papel decisivo na tarefa de fazer conhecer as normas da comunidade.

12 O costume, em maior ou menor grau, é fonte de todo Direito. Uma sociedade, por mais avançada tecnologicamente que seja, não pode descartar sua tradição e sua moral como base de suas normas.

CAPÍTULO II
AS PRIMEIRAS LEIS ESCRITAS E O CÓDIGO DE HAMMURABI

1. O Crescente Fértil e as Primeiras Leis Escritas

Há um lugar no mundo em que quase tudo que consideramos "civilizado" nasceu: o Crescente Fértil, onde hoje está o Iraque, uma parte do Irã e parte de seus vizinhos. Esse lugar tem este nome por causa da fertilidade que os rios Tigre e Eufrates dão a uma região que é semelhante a uma lua crescente de cabeça para baixo.

Nessa região o homem primeiro dividiu as horas, os minutos e os segundos em sessenta, fez tijolos e erigiu grandes construções com eles, criou (para a felicidade dos olhos e da alma) a jardinagem, inventou o Estado e o Governo, fez as primeiras escolas, inventou a cerveja...

Mas a mais grandiosa invenção dessa gente da Mesopotâmia foi passar para uma superfície símbolos que expressavam ideias; a isso chamamos de escrita.[13] O tipo de escrita que inventaram foi a cuneiforme.[14]

Não se pode estranhar, portanto, que tenham sido essas pessoas as primeiras a terem leis escritas. Tem-se notícia de um chefe da cidade de Lagas de nome Urukagina, no terceiro milênio antes de Cristo, ser apresentado pelos textos de época como um grande legislador e reformador. Bouzon informa, contudo, que as inscrições de Urukagina não transmitem leis ou normas legais, mas medidas sociais adotadas para coibir abusos e corrigir injustiças vigentes.[15]

O corpo de leis mais antigo que se conhece é o de Ur-Nammu (fundador da terceira dinastia de Ur, 2111-2094 a.C.) do qual chegou até

---

13 Mesopotâmia (= entre rios) foi o nome dado pelos gregos à região entre os rios Tigre e Eufrates.

14 "Cuneiforme: sistema de escrita, sem dúvida o mais antigo conhecido, o cuneiforme (do latim *cuneus*, "cunha" e *forma*, forma), foi inventado pelos sumerianos seguramente desde o 4º milênio. O termo cuneiforme caracteriza o aspecto anguloso dos símbolos, impressos em argila úmida ou, raramente, em pedra [...]." AZEVEDO, A. C. do A. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 119.

15 BOUZON, E. **O Código de Hammurabi**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 22.

nós somente dois fragmentos de um tablete de argila. Em 1948, outras leis foram identificadas também na mesma região; são as leis de Eshunna.

No final de 1901 e início de 1902 d.C., uma expedição arqueológica francesa encontrou uma estela (ou pedra) de diorito negro de 2,25 m de altura, contendo um conjunto de leis com 282 artigos, postos de maneira organizada, ao qual chamamos hoje de Código de Hammurabi por ter sido feita a mando do Rei Hammurabi, que reinou na Babilônia entre 1792 e 1750 a.C.[16]

2. Algumas Considerações Sobre as Leis Anteriores a Hammurabi

Antes de tratarmos especificamente do Código de Hammurabi, é interessante que nos detenhamos, ainda que rapidamente, nas características gerais das leis escritas anteriores a Hammurabi.

Tanto Ur-Nammu quanto Eshunna foram reis de Cidades-Estado no Crescente Fértil e dão nome às primeiras leis escritas que conhecemos; a influência que Ur-Nammu (rei sumeriano) exerceu sobre as leis de Eshunna é tão grande quanto a que essas duas legislações provocaram no Código de Hammurabi. A questão da justiça, aliás, era importantíssima já para os sumerianos, dessa forma explica Kramer:

> "A lei e a justiça eram conceitos fundamentais da antiga Suméria, que impregnavam a vida social e econômica sumeriana tanto na teoria como na prática. No decurso do século passado [séc. XIX d.C.], os arqueólogos revelaram, à luz do dia, milhares de tabuinhas de argila representando toda espécie de documentos de ordem jurídica: contratos, atos, testamentos, notas promissórias, recibos, acórdãos dos tribunais. Entre os sumérios, o estudante mais adiantado consagrava uma grande parte de seu tempo ao estudo das leis e exercitava-se regularmente na prática de uma terminologia altamente especializada, bem como

16 A pedra (ou Estela) pode ser vista hoje em dia no Museu do Louvre, em Paris.

> na transcrição dos códigos legais e dos julgamentos que tinham formado jurisprudência."[17]

O direito privado sumeriano reconhecia alguma independência em relação ao marido. O divórcio era realizado através de decisão judicial e poderia favorecer a qualquer dos cônjuges. O repúdio da mulher acarretava uma indenização pecuniária e somente era permitido pelos motivos indicados pela lei. O adultério era um delito, porém, sem consequências se havia o perdão do marido. O filho que renegasse seu pai poderia ou ter a mão cortada ou ser vendido como escravo. A esposa era responsável pelas dívidas do marido.

As leis penais dos sumerianos muitas vezes substituíam o Princípio da Pena de Talião (que será explicado a seguir) por multas ou por indenizações legais.

3. A Babilônia de Hammurabi

Embora a Babilônia mais famosa seja a do rei Nabucodonosor (séc. V a.C.) por causa da participação dele na História dos Hebreus contada na Bíblia, a História da Babilônia remonta o segundo milênio da era Pré-Cristã, quando um grupo nômade (arcadiano) fixou-se em uma localidade chamada Babila ou Bab Ilim (Babilônia ou Babel – porta de deus), às margens do rio Eufrates.

O xeque desse grupo arcadiano, Sumuabum (1894-1881 a.C.), começou a expansão territorial da babilônia, mas foi seu sucessor, Sumula'el (1880-1845 a.C.), que, com vitórias sucessivas sobre os vizinhos, consolidou a independência da cidade.

Os reis posteriores incorporaram a cultura suméria e somaram-na à cultura arcádica; entretanto, em termos de expansão territorial, somente em 1792 a.C., com a ascensão ao poder de Hammurabi a Babilônia cresceu em poder. Esse rei, com imensa habilidade em política de alianças, mais que dobrou o território que seu pai havia deixado.

O rei Hammurabi construiu um grande império que abrangia os territórios dominados anteriormente pela dinastia de Agadé – do mar Imferior e do Elam até a Síria e o litoral do Mediterrâneo. Ele assumiu os títulos de rei de Sumer, rei de Acad, rei das Quatro Regiões, rei do

---

17 KRAMER *apud* GIORDANI, M. C. **História da antiguidade oriental**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 138.

Universo e, o mais interessante, "Pai de Amurru" (Amurru significa Ocidente).

Hammurabi não foi apenas um grande conquistador e um excelente estrategista; foi, antes de mais nada, um exímio administrador. Conforme afirma Emanuel Bouzon:

> "Seus trabalhos de regulagem do curso do Eufrates e a construção e conservação de canais para a irrigação e para navegação incrementaram enormemente a produção agrícola e o comércio. Em sua política externa Hammurabi preocupou-se, sempre, em reconstruir as cidades vencidas e em reedificar e ornamentar ricamente os templos dos deuses locais [...]."[18]

Em seu território existiam vários povos diferentes, de línguas, raças, culturas diversas. Para exercer seu poder, eram necessários mecanismos de unificação em meio a tanta heterogeneidade. Hammurabi utilizou-se de três elementos para empreender essa unificação: a língua, a religião e o direito.

O acádio tornou-se língua oficial, o panteão de deuses fixou-se. O Código de Hammurabi foi feito utilizando-se de toda a legislação precedente. Este teve uma penetração e uma utilização surpreendente e sem paralelos na história: mil anos depois de sua redação era aplicado ainda na Babilônia e em Nínive, por exemplo.

Hammurabi não apenas ordenou a feitura do Código. Para uma melhor utilização do Direito como ferramenta de controle, também reorganizou a Justiça (em moldes muito próximos aos que hoje utilizamos):

> "O poder judiciário, na Caldéia anterior ao reinado de Hammurabi, era exercido nos templos pelos sacerdotes em nome dos deuses. Na Babilônia, desde o início da I dinastia, começaram a ser organizados, à imitação do que já existia em Sumer, tribunais civis dependentes diretamente do soberano. Hammurabi conferiu à justiça real supremacia sobre a justiça sacerdotal; deu-lhe unifor-

18 BOUZON, E. *Op. cit.*, p. 20.

> midade de organização e regulamentou cuidadosamente o processamento das ações, compreendendo nessa regulamentação a propositura, o recebimento ou não pelo juiz, a instrução completada pelo depoimento de testemunhas e diligências 'in loco' e, finalmente, a sentença. Foi estabelecida então uma organização judiciária que incluía até o ministério público e um direito processual."[19]

Após a morte de Hammurabi, a dinastia manteve-se por aproximadamente 150 anos, mas em 1594 os Hititas invadiram e incendiaram a Babilônia, abandonando-a em seguida. A queda da dinastia de Hammurabi fez ascender os Cassitas que iniciaram um novo período da História da Babilônia.

4. Sociedade e Economia da Babilônia Hammurabiana

A Sociedade da Babilônia da época de Hammurabi é dividida, conforme indica o próprio Código, em três camadas sociais:

√ Os "*awilum*": o homem livre, com todos os direitos de cidadão. Este é o maior grupo da sociedade hammurabiana e compreendia tanto ricos quanto pobres desde que fossem livres.

√ Os "*muskênum*": são uma camada que ainda suscita muita dúvida por parte dos estudiosos. Parecem ter sido uma camada intermediária entre os *awilum* e os escravos, formada por funcionários públicos, com direitos e deveres específicos.

√ Os escravos: eram a minoria da população, geralmente prisioneiros de guerras.[20]

A economia era basicamente agrícola, e a maior parte das terras era de propriedade do Palácio, ou seja, do governo. Mas havia comércio e este era bastante forte, principalmente o externo, conforme mostra o

---

19 GIORDANI, M. C. **História da Antiguidade**... *Op. cit.,* p. 155.
20 O Código de Hammurabi dá o nome de *wardum* para escravos e *amtum* para escravas.

próprio Código, que afirma existirem inclusive banqueiros que financiavam as expedições.

O pequeno comércio varejista estava nas mãos de mulheres, as "taberneiras" que vendiam não somente bebidas, mas também gêneros de primeira necessidade. O veículo de pagamento, que hoje denominamos moeda, era a cevada ou a prata. Assim, indica-nos o Código de Hammurabi:

> "Se uma taberneira não aceitou cevada como preço da cerveja, (mas) aceitou prata em peso grande ou diminuiu o equivalente de cerveja em relação ao curso da cevada, comprovarão (isso) contra a taberneira e a lançarão na água."[21]

4.1. Questões Acerca dos Escravos

À medida que utilizaremos amplamente, principalmente na Antiguidade, a noção de escravidão, faz-se necessário empenhar-nos em entender o que significa a Instituição Escravidão. Faremos isso levando em conta a Escravidão como um todo, não somente na Babilônia, que é o tema deste Capítulo.

Definir escravidão não é somente considerar que todo aquele que trabalha sem nada receber é escravo: muitos de nós seríamos, até mesmo os honrados voluntários que existiram e existem no mundo, colocados nessa posição, que não é verdadeira no caso deles.

Escravo é propriedade, bem alienável, ou seja, algo que pode ser comprado, vendido, alugado, dado, eliminado... Escravo é, portanto, coisa.

Na Antiguidade não era condição imperiosa ser de outra raça para tornar-se escravo. De fato, a escravidão originava-se de guerras – quando o indivíduo era, após a derrota de seu grupo, pego pelos vencedores –; de dívidas – quando o indivíduo penhorava o próprio corpo ou de um membro da família, como garantia de pagamento e não o fazia –; ou por nascimento.

Assim define o *Dicionário de Nomes, Termos e Conceitos Históricos*:

> "Instituição secular caracterizada pela situação de indivíduo juridicamente considerado um obje-

21 § 108.

> to, do qual outra pessoa pode dispor livremente exercendo direitos de propriedade. A escravidão conheceu extraordinária difusão no mundo antigo, originando-se, de modo geral, da guerra – celeiro inesgotável –, das dívidas e da hereditariedade [...]."[22]

O filósofo Aristóteles explica a escravidão desta forma:

> "A produção precisa de instrumentos dos quais uns são inanimados e outros, animados. Todos os trabalhadores são instrumentos animados necessários, porque os instrumentos inanimados não se movem espontaneamente (as lançadeiras não tecem panos por si próprias). O escravo, instrumento vivo como todo trabalhador, constitui ademais 'uma propriedade viva'. A noção de propriedade implica a de sujeição a alguém *fora dela* [...]."[23]

5. Alguns Pontos do Código de Hammurabi

a) A Pena de Talião

O Princípio da Pena ou Lei de Talião é um dos mais utilizados por todos os povos antigos. É apontado por alguns como sendo a primeira forma que as sociedades encontraram para estabelecer as penas para seus delitos.

Esse princípio, que é exemplificado na Bíblia com a frase "olho por olho, dente por dente", não é uma lei, mas uma ideia que indica que a pena para o delito é equivalente ao dano causado neste. Assim sendo, ninguém sofre "pena de talião", mas, baseado nesse princípio, sofre como pena o mesmo sofrimento que impôs ao cometer o crime.

---

22 AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 157.

23 ARISTÓTELES *apud* GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. São Paulo: Ática, 1988, p. 46.

O Código de Hammurabi utiliza muito esse princípio no tocante a danos físicos, chegando a aplicá-lo radicalmente mesmo quando, para conseguir a equivalência, penaliza outras pessoas que não o culpado.

> "Se um awilum destruiu o olho de um outro awilum, destruirão seu olho."[24]
>
> "Se um construtor edificou uma casa para um awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa, que construiu, caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto."[25]
>
> "Se causou a morte do filho do dono da casa, matarão o filho desse construtor."[26]

O Princípio da Pena de Talião não contava quando os danos físicos eram aplicados a escravos à medida que estes podem ser definidos como bens alienáveis; o dano contra um bem deve ter ressarcimento material.

b) Falso Testemunho

O falso testemunho é tratado com severidade pelos povos antigos, porque provas materiais eram mais difíceis; assim sendo, contavam – na maior parte dos processos – somente com testemunhas.

O Código separa uma causa de morte de uma causa que envolve pagamento. Nesta última, o ônus do falso testemunho é o pagamento da pena do processo. Em outros casos, a sanção para falso testemunho é a Pena de Morte.

> "Se um awilum apresentou-se em um processo com testemunho falso e não pode comprovar o que disse: se esse processo é um processo capital, esse awilum será morto."[27]

24 § 196.
25 § 229.
26 § 230.
27 § 03.

> “Se se apresentou com um testemunho (falso em causa) de cevada ou prata: ele carregará a pena desse processo.” [28]

c) Roubo e Receptação

O Código Hammurabiano penaliza tanto o que roubou ou furtou quanto o que recebeu a mercadoria roubada.

> “Se um awilum cometeu um assalto e foi preso: esse awilum será morto.”[29]

> “Se um awilum roubou um bem de propriedade de um deus ou do palácio: esse awilum será morto; e aquele que recebeu de sua mão o objeto roubado será morto.”[30]

d) Estupro

O estupro sem pena alguma para a vítima era previsto nesse Código somente para “virgens casadas” (como na legislação mosaica), ou seja, mulheres que, embora tenham o contrato de casamento firmado, ainda não coabitavam com os maridos.

> “Se um awilum amarrou a esposa de um (outro) awilum, que (ainda) não conheceu um homem e mora na casa de seu pai, dormiu em seu seio, e o surpreenderam, esse awilum será morto, mas a mulher será libertada.”[31]

e) Família

O sistema familiar da Babilônia Hammurabiana era patriarcal, e o casamento, monogâmico, embora fosse admitido o concubinato. Essa aparente discrepância era resolvida pelo fato de uma concubina jamais

28 § 04.
29 § 22.
30 § 06.
31 § 130.

ter o *status* ou os mesmos direitos de esposa. O casamento legítimo era somente válido se houvesse contrato:

> "Se um awilum tomou uma esposa e não redigiu o seu contrato, essa mulher não é esposa."[32]

Havia também a possibilidade de casamentos entre as camadas sociais, e o Código não somente admitia isso como regulamentava a herança dos filhos nascidos desse tipo de casamento:

> "Se um escravo do palácio ou um escravo de um muskênum tomou por esposa a filha de um awilum e ela lhe gerou filhos, o dono do escravo não poderá reivindicar para a escravidão os filhos da filha de um awilum."[33]

O casamento era no que chamamos hoje "regime de comunhão de bens".

> "Se, depois que a mulher entrou na casa de um awilum, recaiu sobre eles uma dívida, ambos deverão pagar ao mercador."[34]

f) Escravos

Havia duas maneiras básicas de se tornar escravo não somente na Babilônia, mas também na Antiguidade como um todo. Como prisioneiro de guerra ou por não conseguir pagar dívidas e assim ter que entregar-se a si mesmo, a esposa ou aos filhos, mas Hammurabi (assim como os Hebreus posteriormente) vai limitar o tempo dessa escravidão por dívida.

> "Se uma dívida pesa sobre um awilum e ele vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou os entregou em serviço pela dívida, durante três anos trabalharão na casa de seu comprador ou

32 § 128.
33 § 175.
34 § 152.

daquele que os têm em sujeição, no quarto ano será concedida sua libertação." [35]

Uma escrava, tomada como concubina por seu senhor ou dada por sua senhora ao marido, tinha uma situação bastante interessante se desse a este filhos que ele reconhecesse. Ela não mais poderia ser vendida, conforme atesta o artigo 146 do referido Código.

g) Divórcio

O marido podia repudiar a mulher nos casos de recusa ou negligência em "seus deveres de esposa e dona-de-casa".

Qualquer dos dois cônjuges podia repudiar o outro por má conduta, mas nesse caso a mulher para repudiar o homem deveria ter uma conduta ilibada.

> "Se uma mulher tomou aversão a seu esposo e disse-lhe: 'Tu não terás relações comigo', seu caso será examinado em seu distrito. Se ela se guarda e não tem falta e seu marido é um saidor e a despreza muito, essa mulher não tem culpa, ela tomará seu dote e irá para casa de seu pai."[36]

h) Adultério

Somente a mulher cometia crime de adultério, o homem era, no máximo, cúmplice. Dessa forma, se um homem saísse com uma mulher casada, ela seria acusada de adultério, e ele de cúmplice de adultério, e se a mulher fosse solteira, não comprometida, não havia crime nem cumplicidade, mesmo porque este é um povo que admite concubinato.

Quando pegos, os adúlteros pagavam com a vida, entretanto o Código prevê o perdão do marido:

> "Se a esposa de um awilum for surpreendida dormindo com um outro homem, eles os amarrarão e os lançarão n'água. Se o esposo

35 § 117.
36 § 142.

> deixar viver sua esposa, o rei também deixará viver seu servo."[37]

i) Adoção

Essa sociedade foi bastante humana no tocante à adoção, veja:

- Se uma criança fosse adotada logo após seu nascimento, não poderia mais ser reclamada.
- Se a criança fosse adotada para aprender um ofício, e o ensinamento estivesse sendo feito, ela não poderia ser reclamada. Caso esse ensino não estivesse sendo feito, o adotado deveria voltar à casa paterna.
- Se a criança, ao ser adotada, já tivesse mais idade e reclamasse por seus pais, tinha que ser devolvida.
- Em outros casos, se o adotado renegasse sua adoção, seria severamente punido.
- Se o casal, após adotar, tivesse filhos e desejasse romper o contrato de adoção, o adotado teria direito a uma parte do patrimônio deles a título de indenização.[38]

j) Herança

No caso da divisão da herança, a sociedade hammurabiana não previa a primogenitura, ou seja, os bens não ficavam somente com o filho mais velho, entretanto, este poderia, na hora da partilha, ser o primeiro a escolher sua parte. A tendência era sempre dividir em partes iguais indiferentemente de quem era a mãe da criança, bastava o reconhecimento do pai.

> "Se a primeira esposa de um awilum lhe gerou filhos e a sua escrava lhe gerou filhos, (se) o pai, durante a sua vida, disse aos filhos que a escrava lhe gerou: 'Vós sois meus filhos' e os contou com os filhos da primeira esposa, depois que o pai morrer, os filhos da primeira esposa e os filhos da escrava dividirão em partes iguais os bens da casa

37 § 129.

38 §§ 185ss.

> paterna, mas o herdeiro, filho da primeira esposa, escolherá entre as partes e tomará para si."[39]

Estavam excluídas da herança as filhas já casadas, pois estas já haviam recebido o dote. As filhas solteiras, quando casassem, receberiam seu dote das mãos dos irmãos.[40]

Mas os filhos, mesmo reconhecidos, ou frutos de casamento, podiam ser deserdados, mas para isso deveria haver um exame por parte dos juízes.

> "Se um awilum resolveu deserdar seu filho e disse aos juízes: 'Eu quero deserdar meu filho', os juízes examinarão a questão. Se o filho não cometeu falta suficientemente grave para excluí-lo da herança, o pai não poderá deserdar seu filho."[41]

k) Processo

As leis babilônicas dessa época permitem e preveem a mistura do sagrado e do profano no julgamento, embora a justiça leiga tenha tido maior importância que a sacerdotal à época de Hammurabi. Um juiz podia ser um leigo, um sacerdote e até forças da natureza, como neste caso onde quem "julga" é o rio:

> "Se um awilum lançou contra um (outro) awilum (uma acusação de) feitiçaria, mas não pôde comprovar: aquele contra quem foi lançada (a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio purificar aquele awilum e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele (a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador."[42]

O juiz leigo não poderia, contudo, alterar seu julgamento após o encerramento do processo:

39 § 170.
40 §§ 183 e 184.
41 § 168.
42 § 02.

> "Se um juiz fez um julgamento, tomou uma decisão, fez exarar um documento selado e depois alterou o seu julgamento: comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento que fez; ele pagará, então, doze vezes a quantia reclamada nesse processo e, na assembléia, fá-lo-ão levantar-se do seu trono de juiz. Ele não voltará a sentar-se com os juízes em um processo."[43]

l) Trabalho

O Código de Hammurabi aborda leis sobre trabalho. Ele, por exemplo, prevê e pune o erro médico:[44]

> "Se um médico fez em um awilum uma operação difícil com um escapelo de bronze e causou a morte do awilum ou abriu o nakkaptum de um awilum com um escapelo de bronze e destruiu o olho do awilum, eles cortarão a sua mão."[45]

Ao mesmo tempo, esse Código é o primeiro que conhecemos indicar não somente o pagamento que um médico deve ter, mas também o pagamento de inúmeros profissionais, como lavradores, pastores, tijoleiros, alfaiates, carpinteiros etc.[46]

m) "Defesa do Consumidor"

Na Babilônia de Hammurabi, havia leis que protegiam os cidadãos do mau prestador de serviços, pelo menos em alguns casos (pode-se atestar essa ideia já no parágrafo 108 – o que trata da taberneira – citado anteriormente):

---

43 § 05.
44 Se o erro médico foi cometido em um escravo o ressarcimento é material.
45 § 218.
46 Embora muitas partes desses parágrafos tenham sido apagadas pelo tempo, podemos conferir essa lista de "honorários" e pagamentos nos parágrafos 215 a 217, 257, 261, 271, 273 e 274.

“Se um pedreiro contruiu uma casa para um awilum e não executou o trabalho adequadamente e o muro ameaça cair, esse pedreiro deverá reforçar o muro às suas custas.”[47]

“Se um barqueiro calafetou um barco para um awilum e não executou o seu trabalho com cuidado e naquele mesmo ano esse barco adernou ou sofreu avaria, o barqueiro desmontará esse barco, reforçá-lo-á com seus próprios recursos, e entregará o barco reforçado ao proprietário do barco.”[48]

47 § 233.
48 § 235.

CAPÍTULO III
DIREITO HEBRAICO

1. Introdução

Os Hebreus são um povo de origem semita que vivia na Mesopotâmia (entre os rios Tigre e Eufrates no Crescente Fértil) no final do segundo milênio a.C. Por essa época, iniciaram um deslocamento que terminou por volta do século XVIII a.C. na região da Palestina.

A Palestina pode ser dividida em várias regiões: uma de planície costeira ao longo do Mediterrâneo, uma de picos elevados no centro, e outra, o curioso vale do Jordão, que fica quase totalmente abaixo do nível do mar.

A terra dos Hebreus tem, portanto, o mar Mediterrâneo de um lado, o deserto de outro e, o mais importante, a qualidade de ter sido o local de passagem entre a África e a Ásia, isto é, o Egito e a Mesopotâmia.

Os Hebreus, como a maioria dos povos da região, eram agricultores – pastores. Viviam do pastoreio de ovelhas e, principalmente, cabras, do plantio de uvas, trigo, e outros produtos. Mas havia nesse povo um diferencial que na Antiguidade era único: eram Monoteístas (mono = um, théos = deus). Essa característica marca toda a história desse povo, bem como toda e qualquer produção cultural que tenham realizado.

A História dessas pessoas pode ser acompanhada pela Bíblia, mais especificamente pelo Antigo Testamento, que reúne a Torá (ou a Lei), os Profetas e os Escritos. O Novo Testamento inclui a história (e os ensinamentos) de parte dos Hebreus que acreditaram que Jesus é o Messias que o Antigo previa.

Eles acreditavam em um só Deus, que por vontade própria havia se revelado a um Patriarca, Abraão, e, a partir desse momento, iniciou um relacionamento entre Ele e os que chamavam de "Povo Escolhido". Este era seu diferencial, os únicos da face da terra com um Deus, iniciando a história do monoteísmo que hoje é dominante no mundo.[49]

49 Gen. 12, 1ss.

Esse relacionamento é de tal modo intrincado, que não se pode compreender esse povo sem vislumbrar a interferência de Deus em suas vidas. Para eles, Deus escolhia os líderes, Deus escolhia o lugar onde ficariam, Deus dava fartura ou não, Deus, dependendo de seu merecimento, dava a vitória ou a derrota na guerra.

Não é de estranhar, portanto, que para esse povo a lei tenha sido inspirada por Deus e ir contra ela seria o equivalente a ir contra Deus. Então, o leigo e o divino interagem de tal modo que pecado e crime se confundem, o direito é imutável, somente Deus pode modificá-lo. Os rabinos (chefes religiosos) podem até interpretá-lo para adaptá-lo à evolução social, entretanto, nunca podem modificá-lo.

2. A Sociedade e a Vida Econômica

Os hebreus, a princípio, se dividiam em tribos de acordo com os números de filhos de Jacó (12); essas tribos se subdividiam em famílias e toda a organização política e social girava em torno deste *status quo*.

Das doze tribos, onze cuidavam, basicamente, da agricultura e do pastoreio, a décima segunda não tinha terras, era a tribo dos levitas que tinham funções sacerdotais (ou melhor dizendo, de auxiliares dos sacerdotes que descendiam de Aarão).

Havia também outras duas camadas sociais: a dos escravos e a dos estrangeiros. Os primeiros podiam ser distintos entre os escravos hebreus (provavelmente tomados como escravos pelo não-pagamento de uma dívida) e estrangeiros. Ambos tinham tantos direitos que muitos autores confessam hesitar em chamá-los de escravos, pois, embora tenham as principais características, eram cercados de muitas considerações, inclusive direitos.

> "A ambos assistiam certos direitos assegurados quer pela própria legislação mosaica quer pelo costume. Assim, por exemplo, entre os direitos do escravo estrangeiro salvaguardados pela tradição judaica, podemos enumerar: casar-se com uma escrava, possuir bens, converter-se ao judaísmo, receber liberdade, em determinadas circunstâncias."[50]

50 GIORDANI, M. C. **História da antiguidade oriental**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 233.

Os estrangeiros livres não gozavam do mesmo direito dos hebreus. Dois tipos de estrangeiros eram distintos: os que tinham alguma ligação com alguma tribo de Israel e, portanto, desfrutavam de alguns direitos, e os que não tinham quaisquer ligações, não tendo direito algum.

Após os quarenta anos no deserto, depois de se libertarem da escravidão no Egito, ao chegarem à Terra Prometida, os Israelitas passaram de somente pastores (como eram antes, pelo seu nomadismo) a agricultores-pastores. Entretanto, se por séculos essas atividades agropastoris foram o cerne da economia dessa sociedade, a indústria também conheceu um certo desenvolvimento, principalmente aquela que utilizava o cobre como matéria-prima.

O comércio atingiu seu auge no período de Davi e Salomão e sempre foi presente na vida desse povo, visto que a região que habitam é uma verdadeira encruzilhada nas rotas da Mesopotâmia, Egito, Mar Vermelho e do deserto.

3. A Lei Mosaica

Por volta de 1800 a.C. fortes secas obrigaram os Hebreus a saírem da Palestina em direção ao Egito. Nessa época um povo, chamado Hicsos, tentava conquistar as planícies do Nilo; não se sabe se os Hebreus enfrentaram ou se aliaram aos hicsos; sabemos, entretanto, que em 1580 a.C., depois da expulsão destes, os Hebreus passaram a ser perseguidos no Egito, passando a pagar pesados impostos e chegando até mesmo à escravidão.[51]

Moisés lideraria esse povo, aproximadamente em 1250 a.C., de volta à Palestina, em um episódio chamado êxodo, ou fuga. Conta a Bíblia que Moisés teria sido criado por uma princesa egípcia que o havia encontrado em uma cesta boiando no rio e que, após chegar à idade adulta, teria tomado consciência de suas raízes hebraicas e, depois de um exílio, teria voltado ao Egito para liderar a libertação dos Hebreus.

Antes de chegarem à Palestina, segundo a Bíblia, os Hebreus teriam passado quarenta anos no deserto e aí teriam forjado, sob a liderança de Moisés, toda a base de sua civilização, inclusive suas leis.

---

51 A Bíblia conta a história da ida para o Egito a partir da história de José, que teria sido vendido pelos seus irmãos como escravo indo parar no Egito, chegando a alto funcionário do faraó (cf. Gen. Capítulos de 37 a 50).

Acreditam alguns que a Torá (que contém a lei dos Hebreus) foi criada pelo próprio Moisés e, embora esse dado esteja um tanto desacreditado hoje em dia, continuamos denominando a legislação de "Mosaica", mesmo porque, provavelmente, foi após a saída do Egito que este povo começou a estruturar as bases de seu direito.

A base moral da Legislação Mosaica pode ser encontrada nos Dez Mandamentos, que teriam sido escritos "pessoalmente" por Deus no Monte Sinai, como forma de Aliança entre Ele e o Povo Escolhido.

A Torá, também chamada Pentateuco, é formada pelos cinco primeiros livros da Bíblia: o Gênesis, o Êxodo, o Levítico, o Números e o Deuteronômio. Em toda a Torá encontramos leis, entretanto, há no último livro uma reunião maior de leis, repetindo inclusive alguns preceitos vistos nos outros livros, mesmo porque é esta a intenção do Deuteronômio, que significa "segunda lei".

> "[a simplicidade] se reflete poderosamente na lei mosaica, cuja virtude principal reside no fato de ter transformado num verdadeiro código as normas não escritas da primitiva sociedade de nômades."[52]

A maioria dos autores afirma não ser a lei de Moisés uma legislação que distinga entre direito sacro e profano, apontado-a como um direito religioso. Isso é fato; entretanto, apenas definir esse direito dessa forma simplifica uma visão que pode ser ampliada e pode auxiliar-nos na compreensão dessa sociedade e sua relação com a lei e a religião.

Se analisarmos o povo hebreu, poderemos constatar, como já afirmado anteriormente, que é um povo que traz em tudo o fator religioso e isso se dá, principalmente, porque sua religião, e a essência desta, o monoteísmo, foi durante muitos séculos exclusividade do povo israelita. Dessa forma, ao se tentar definir os hebreus, passaremos, obrigatoriamente e em primeiro lugar, pela questão religiosa.

Assim a religião não é somente uma das características dos israelitas, mas pode ser indicada como "a" característica, aquela que dá alicerce e é o ponto de convergência de toda uma sociedade. Tanto foi assim que, praticamente, todas as vezes que esse povo descuidou-se da religião, problemas sociais e políticos aconteceram. Eles, obviamente, explicavam tais "coincidências" como uma vingança ou desaprovação

52 RÁO, V. *Op. cit.*, p. 173.

da divindade; entretanto, qualquer que fosse a característica primordial de um povo, se fosse desdenhada, desuniria a sociedade transformando-a em alvo fácil para problemas internos ou externos.

4. A Formação do Direito Hebraico – da Legislação Mosaica aos dias de hoje

A tradição indica Moisés como autor do Pentateuco, portanto autor do Deuteronômio, das chamadas Leis Mosaicas. Essa obra deverá ter então a idade de seu criador e deve ser datada no século XIII a.C. Mas os anos de 586 a.C. e os seguintes foram primordiais também para a formação de uma legislação "extramosaica".

Em 586 a.C., após um cerco que durou mais de um ano, o rei da Babilônia, Nabucodonosor, conquistou o reino dos hebreus e estes foram levados – em número pequeno, mas significativo, visto que representavam a elite social e religiosa da nação – para a Babilônia, como escravos.

Esse cativeiro foi o ponto de partida para a formação de um direito hebraico novo, oral, visto que, ao entrarem em contato com diversas culturas diferentes e fortes (notadamente persas, gregos e romanos), os hebreus sentiram a necessidade de afirmar sua cultura, ao mesmo tempo que procuraram adaptá-la dentro dos parâmetros das influências que estavam recebendo. Esse processo, iniciado na Babilônia, somente terminaria 900 anos mais tarde.

> "A lei oral (*Torah Cheb'al Pé*) atuava ao lado da escrita, isto é, mosaica (*Tora Chebikhtav*). Esta continuou a ser considerada, séculos afora, a lei suprema, infalível, sacrossanta. Prevalecia sempre (mesmo depois da codificação da lei oral) em qualquer conflito que se verificasse entre as duas. A lei oral, formada pelo *Sofrim* (escritores), *Anchei Haknesset Hagdolah* (os homens da Grande Assembléia) e *Tanaim* (sábios), teve sempre um caráter subsidiário."[53]

53 RÁO, V. *Op. cit.*, p. 174.

A primeira codificação do direito oral foi chamada de *Michná* (repetição) e foi feita pelo último dos *Tanaim* em 192 d.C. Essa codificação se divide em seis partes, nas quais a primeira, a terceira e a quarta constituem, segundo poderíamos comparar hoje, o corpo de Direito Civil. A primeira trata de leis rurais e propriedade imobiliária, a terceira ocupa-se do direito matrimonial e do divórcio, a quarta trata de obrigações civis, usura, danos à propriedade, sucessão, organização dos tribunais, processo etc.

Para guardar a fidelidade à Legislação Mosaica no uso da codificação nova, os séculos seguintes produziram discussões, interpretações e aprofundamentos do texto da *Michná* que deram origem às *Guemaras* que juntamente com a *Michná* e a própria Torá constituem o *Talmud* (que significa estudo), que é o verdadeiro corpo da Legislação Hebraica.

Entretanto, com a elaboração do Talmud, não se encerrou a história do direito judaico; ela continuou durante todos os séculos subsequentes, apesar de os judeus estarem dispersos pelo mundo. Hoje, após o estabelecimento do Estado de Israel, o Parlamento Israelita, chamado *Knesset*, é o poder legislativo na concepção moderna do termo.

5. Algumas Leis do Deuteronômio

a) Justiça

A Legislação Hebraica é bastante rigorosa na questão da justiça, prevendo, inclusive, a obrigatoriedade da imparcialidade no julgamento:

> "Ao mesmo tempo, ordenei a vossos juízes: 'Ouvireis vossos irmãos para fazerdes justiça entre um homem e seu irmão, ou o estrangeiro que mora com ele. *Não façais acepção de pessoa no julgamento: ouvireis de igual modo o pequeno e o grande* [...]."[54]

Para a operacionalização da justiça, fica estabelecido que cada cidade terá, obrigatoriamente, que contar com juízes e que estes não

54 Deuteronômio 1, 16-17. **Bíblia de Jerusalém.** São Paulo: Paulinas, 1985. (grifo nosso)

poderão corromper-se. A Legislação Mosaica explica essa aversão ao suborno mostrando a lógica incompatibilidade entre o que é justo e a corrupção.

> "Estabelecerás juízes e escribas em cada uma das cidades que Iahweh teu Deus vai dar para as tuas tribos. Eles julgarão o povo com sentenças justas. Não perverterás o direito, não farás acepção de pessoas no julgamento e nem aceitarás suborno, pois o suborno cega os olhos dos sábios e falseia a causa dos justos."[55]

b) Processo

A questão da justiça, ou melhor, de não cometer injustiças, é muito cara aos Hebreus, mesmo porque ter o "sangue de um justo nas mãos" é um pecado gravíssimo para eles. Nesse sentido, esse povo se difere um pouco de outros, já que, praticamente, não admite julgamento sem investigação ou julgamento por forças naturais ou deuses.

No exemplo a seguir, parte-se da possibilidade do cometimento de um crime considerado extremamente grave, o de uma cidade adorar a outros deuses e é prevista uma punição pesada, mas não sem antes ficar provado através de acurada investigação.

> "Caso ouças dizer que, numa das cidades que Iaweh teu Deus te dará para aí morar, homens vagabundos, procedentes do teu meio, seduziram os habitantes de tua cidade, dizendo: 'Vamos servir a outros deuses', que não conhecestes, *deverás investigar, fazendo uma pesquisa e interrogando cuidadosamente*. Caso seja *verdade*, se o fato for *constatado*, se esta abominação foi praticada em teu meio, deverás então passar a fio de espada os habitantes daquela cidade."[56]

c) Pena de Talião

É a Bíblia que primeiro descreve o Princípio da Pena de Talião (embora o uso fosse mais antigo):

---

55 Deut. 16, 18-19.

56 Deut. 13, 13-16 (grifo nosso). Conferir também Deut. 17, 2-5.

> “Que teu olho não tenha piedade. Vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.”[57]

Entretanto, embora esse princípio fosse utilizado entre os Hebreus, o era de maneira mais amena que entre outros povos, porque outros princípios limitavam sua aplicação, como veremos a seguir.

d) Individualidade das Penas

> “Os pais não serão mortos no lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais. Cada um será executado por seu próprio crime.”[58]

Esse princípio que individualiza as penas minimiza a ação do Princípio da Pena de Talião entre os Hebreus, fazendo com que aplicações da Pena de Talião como no caso visto no capítulo anterior em Hammurabi – que o filho do construtor morre por causa da casa que o pai fez, e que ao cair matou o filho do dono da casa – não sejam possíveis.

Depois dos Hebreus (e um pouco os romanos), praticamente só no século XVIII d.C. vamos encontrar de novo a aplicação de tão valoroso e lógico princípio.

e) Lapidação

Lapidação é o nome que se dá a pena mais comum do Antigo Testamento. É a morte por apedrejamento. Para os israelitas morreriam dessa forma os idólatras (Deut. 17, 5-7), os feiticeiros (Lev. 20, 27), os filhos rebeldes (Deut. 21, 18-21) e as adúlteras.

f) Cidades de Refúgio

A preocupação dessa legislação com a justiça chega ao ponto de prever e obrigar o estabelecimento de cidades de refúgio (ou asilo), onde pessoas com problemas poderiam se refugiar para que fosse feita a justiça com calma e não no calor de fortes emoções.

---

57 Deut. 19,21.
58 Deut. 25, 16.

> “Quando Iahweh teu Deus houver eliminado as nações [...], e as conquistares e estiveres morando em suas cidades e casas, separarás três cidades no meio da terra cuja posse Iahweh teu Deus te dará. Estabelecerás o caminho, medirás as distâncias e dividirás em três partes o território [...]; isto para que nela se refugie o homicida.”[59]

A utilidade dessas cidades pode ser mais bem compreendida em conjunto com o próximo ponto.

g) Homicídio Involuntário e Homicídio

Essa legislação prevê, como de resto todas as outras, o homicídio e, na Antiguidade, o Princípio da Pena de Talião era utilizado como base na penalização desse delito. Entretanto, os Hebreus não permitem a penalização do que cometeu homicídio “sem querer”. Não se deve utilizar o termo ‘culposo’ para um povo que não concebia negligência, imperícia ou imprudência como causas de homicídios ou danos.

> “Este é o caso do homicida que poderá se refugiar lá para se manter vivo: aquele que matar seu próximo involuntariamente, sem tê-lo odiado antes (por exemplo: alguém vai com seu próximo cortar lenha; impelindo com força o machado para cortar a árvore, o ferro escapa do cabo, atinge o companheiro e o mata): ele poderá então se refugiar numa daquelas cidades, ficando com a vida salva; para que o vingador do sangue, enfurecido, não persiga o homicida e o alcance, porque o caminho é longo – tirando-lhe a vida sem motivo suficiente, pois antes não era inimigo do outro.”[60]

> “Contudo, se alguém é inimigo de seu próximo e lhe arma uma cilada, levantando-se e ferindo-o mortalmente, e a seguir se refugia numa daquelas cidades, os anciãos da sua cidade enviarão

59 Deut. 19, 1-3.
60 Deut. 19, 4-6.

> pessoas para tirá-lo e entregá-lo ao vingador de sangue, para que seja morto."[61]

h) Testemunhas

A prova testemunhal era primordial na Antiguidade, e os Hebreus têm um preceito legal que até hoje pode ser visto, inclusive em nossa legislação:

> "Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniqüidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas."[62]

Com tamanha importância dada à prova testemunhal, as penas para falso testemunho eram pesadas geralmente, sendo que, na Legislação Mosaica, a pena para falso testemunho é equivalente à pena que o acusado teria se fosse condenado (Princípio da Pena de Talião).

> "Quando uma falsa testemunha se levantar contra alguém [...] as duas partes em litígio se apresentarão diante de Iahweh, diante dos sacerdotes e dos juízes que estiverem em função naqueles dias. Os juízes investigarão cuidadosamente. Se a testemunha for uma testemunha falsa, e tiver caluniado seu irmão, então vós a tratareis conforme ela própria maquinava tratar o seu próximo."[63]

i) Matrimônio

É interessante notar que não há em hebraico uma palavra que seja sinônimo de matrimônio; no Antigo Testamento falta o conceito que hoje temos. Este não era de direito religioso ou civil, mas era um assunto puramente particular entre duas famílias.[64]

---

61 Deut 19, 11- 12.
62 Deut. 19, 15.
63 Deut. 19, 16-19. Note-se que a questão da investigação é reforçada.
64 BORN, A Van Den. **Dicionário enciclopédico da Bíblia**. Petrópolis: Vozes, 1971, p. 958.

j) Adultério

Embora nessa sociedade, como na de Hammurabi, o peso maior do crime de adultério esteja sobre a mulher casada, há um certo puritanismo nesse povo que leva o peso do crime também para o homem.

> "Se um homem for pego em flagrante deitado com uma mulher casada, ambos serão mortos, o homem que se deitou com a mulher e a mulher."[65]

k) Divórcio

Todos os povos da Antiguidade preveem divórcio. Este só começou a ser proibido a partir do cristianismo. Na Legislação Mosaica, entretanto, somente os homens podem divorciar-se, às mulheres não cabe a iniciativa. Mesmo assim, teria que haver algo "vergonhoso" (o que pode ser interpretado de várias maneiras) na esposa para que o esposo pudesse repudiá-la.

> "Quando um homem tiver tomado uma mulher e consumado o matrimônio, mas este logo depois não encontra mais graça a seus olhos, porque viu nela algo de inconveniente, ele lhe escreverá então uma ata de divórcio e a entregará, deixando-a sair de sua casa em liberdade."[66]

l) Concubinato

No Deuteronômio o concubinato é considerado como algo normal (somente o Levítico – 18, 18 e ss – ordenava que as duas – esposa e concubina – não fossem irmãs).

> "Se alguém tiver duas mulheres [...], e ambas lhe tiverem dado filhos [...]."[67]

65 Deut. 22, 22.
66 Deut. 24, 1.
67 Deut. 22, 15s.

m) Estupro:

O estupro sem pena para a vítima é previsto nessa legislação, embora somente em um caso específico: o de a mulher ter sido violentada em um lugar onde poderia ter gritado sem que ninguém a ouvisse.

> "Se houver uma jovem virgem prometida a um homem, e um homem a encontra na cidade e se deita com ela, trarei ambos à porta da cidade e os apedrejareis até que morram: a jovem por não ter gritado por socorro na cidade e o homem por ter abusado da mulher de seu próximo. [...] Contudo, se o homem encontrou a jovem prometida no campo, violentou-a e deitou-se com ela, morrerá somente o homem que se deitou com ela; nada farás à jovem, porque ela não tem pecado que mereça a morte. [...] Ele a encontrou no campo, e a jovem prometida pode ter gritado, sem que houvesse quem a salvasse."[68]

n) Herança e Primogenitura

O primogênito era beneficiado em detrimento dos outros filhos (homens, já que mulheres tinham direito apenas ao dote). Esse benefício era garantido mesmo que o primogênito tivesse como mãe uma das mulheres do pai que este "não gostasse".

> "Se alguém tiver duas mulheres, amando uma e não gostando da outra, e ambas lhe tiverem dado filhos, se o primogênito for da mulher da qual ele não gosta, este homem, quando for repartir a herança entre seus filhos, não poderá tratar o filho da mulher que ele ama como se fosse o mais velho, em detrimento do filho da mulher que ele não gosta, mas que é o verdadeiro primogênito. Reconhecerá como primogênito o filho da mulher da qual ele não gosta, dando-lhe porção dupla de tudo quanto possuir, pois ele é a primícia da sua

68 Deut. 22, 23-27. Não era previsto nenhum tipo de coação física ou moral para justificar o fato da moça estuprada na cidade não ter gritado.

virilidade e o direito de primogenitura lhe pertence."[69]

o) Defloração

O caso aplica-se à mulher virgem não comprometida.

"Se um homem encontra uma jovem virgem que não está prometida, e a agarra e se deita com ela e é pego em flagrante, o homem que se deitou com ela dará ao pai da jovem cinqüenta ciclos de prata [570 gr. de prata aproximadamente], e ela ficará sendo sua mulher, uma vez que abusou dela. Ele não poderá mandá-la embora durante toda a sua vida."[70]

p) Escravos

Em Israel, os prisioneiros de guerra não israelitas eram vendidos como escravos (Deut. 21, 10) ou podiam ser comprados em Tiro, Gaza ou Aço; o tráfico de escravos estava, principalmente, nas mãos dos Fenícios. Era proibida a compra de escravos israelitas por israelitas, embora um israelita pudesse se vender (provavelmente para pagamento de dívida) como escravo. A lei indicava que essa escravidão não poderia ser eterna:

"Quando um dos teus irmãos, hebreu ou hebréia, for vendido a ti, ele te servirá por seis anos. No sétimo ano tu o deixarás ir em liberdade, não o despeças de mãos vazias: carrega-lhe o ombro com presentes do produto do teu rebanho, da tua eira e do teu lagar."[71]

Essa indicação de que o escravo deveria receber algo ao deixar a casa do senhor pode parecer, para alguns, como uma forma de pagamento, pelos seis anos de serviços prestados, mas não o é. Escravo é coisa.

69 Deut. 22, 15-17.
70 Deut. 22, 28-29.
71 Deut. 15, 12-14.

Esse estabelecimento de uma ajuda para o recém ex-escravo parece ser uma forma de possibilitar que a lei seja de fato cumprida, visto que, sem isso, o escravo, sem ter para onde ir e como sobreviver, deixaria se escravizar pelo resto da vida. Aliás, esta é uma opção do escravo:

> "Mas se ele [escravo] diz: não quero deixar-te, se ele te ama e à tua casa, e está bem contigo, tomarás então uma sovela e lhe furarás a orelha contra a porta, e ele ficará sendo teu servo para sempre. O mesmo farás com tua serva."[72]

q) Caridade

Entre os hebreus, a caridade é prevista em lei, mesmo porque se trata de um povo que se pauta e tem sua identificação enquanto sociedade na questão religiosa.

> "Quando houver um pobre em teu meio, que seja um só dos teus irmãos numa só de tuas cidades [...] não endurecerás teu coração, nem fecharás a mão para com este teu irmão pobre; pelo contrário: abre-lhe a mão, emprestando o que lhe falta, na medida da sua necessidade."[73]

r) Governo

Geralmente, quando se trata de uma religião revelada, ou seja, quando a própria divindade se mostra para os fiéis por livre vontade, a interferência da divindade no dia-a-dia do povo é muito grande.

Nesse caso, o dos Hebreus, quem institui o governo é Deus; portanto, o rei não pode sentir-se muito acima dos demais mortais.

> "Quando tiveres entrado na terra que Iahweh teu Deus te dará, tomado posse dela e nela habitares, e disseres: 'Quero estabelecer sobre mim um rei, como todas as nações que me rodeiam', deverás

72 Deut. 15, 16-17.
73 Deut. 15, 7-8.

> estabelecer sobre ti um rei que tenha sido escolhido por Iahweh teu Deus; é um dos teus irmãos que estabelecerás como rei sobre ti. Não poderás nomear um estrangeiro que não seja teu irmão."[74]

De fato, os reis de Israel costumavam, segundo a tradição bíblica, ser escolhidos por Profetas a mando, segundo a crença israelita, de Deus. Assim foi com o primeiro rei, Saul, consagrado pelo profeta Samuel, segundo lhe ordenara Deus, assim foi com Davi que, embora nem parente de Saul fosse, foi escolhido; mesmo no caso de Salomão, este não era o primogênito de Davi e foi rei sucedendo o pai.[75]

s) Fraude Comercial e Juros

A Legislação hebraica proíbe a utilização de pesos e medidas diversos, bem como o empréstimo a juros entre israelitas.

> "Não terás na bolsa dois tipos de peso: um pesado e outro leve. Não terás em tua casa dois tipos de medida: uma grande e outra pequena."[76]

> "Não emprestes a teu irmão com juros, quer se trate de empréstimo de dinheiro, quer de víveres ou de qualquer outra coisa sobre a qual é costume exigir um juro. Poderás fazer um empréstimo com juros ao estrangeiro; contudo, emprestarás sem juros ao teu irmão [...]."[77]

t) Fauna e Flora

Há uma preocupação que poderíamos chamar de um tanto preservacionista em algumas leis do deuteronômio:

> "Quando tiveres que sitiar uma cidade durante muito tempo antes de atacá-la e tomá-la, não de-

74 Deut. 17, 14-15.
75 Cf. I e II Samuel e I e II Reis.
76 Deut. 25, 13-14.
77 Deut. 23, 20-21.

ves abater suas árvores a golpes de machado; alimentar-te-ás dela, sem cortá-las [...]."[78]

"Se pelo caminho encontras um ninho de pássaros – numa árvore ou no chão – com filhotes ou ovos e a mãe sobre os filhotes ou sobre os ovos, não tomarás a mãe que está sobre os filhotes; deves primeiro deixar a mãe partir em liberdade, depois pegarás os filhotes, para que tudo corra bem a ti e prolongues os teus dias."[79]

78 Deut. 20, 19.
79 Deut. 22, 6-7.

CAPÍTULO IV
O CÓDIGO DE MANU

1. Introdução

Entender o Código de Manu somente lendo-o é uma tarefa impossível, mesmo para o mais sábio dos ocidentais. Esse Código, mais nitidamente e mais profundamente que qualquer outro da Antiguidade, é parte inexorável da constituição histórica, social e, principalmente, religiosa desse povo.

Portanto, entender o Código de Manu é, antes de tudo, buscar a compreensão dessa sociedade – e sua estrutura – e de sua religião.

2. Contexto Histórico

As condições geográficas da Índia – um relativo isolamento – marcaram muito sua formação na Antiguidade. Contrariamente ao Egito e à Mesopotâmia, a Índia é caracterizada por sua diversidade e pela complexidade das suas condições naturais.[80]

A Índia fica na Ásia Meridional e tem duas zonas principais: o Sul e o Norte. O Sul ocupa a Península do Decão; a segunda zona encontra-se no continente.

Essa região está isolada, por um lado, pelo Himalaia (a mais alta cadeia de montanhas do mundo) e, por outro, pelos mares, dificultando muito a comunicação com outros povos.

Por volta de 2500 a.C., os dravidianos já dominavam técnicas de cultivo na Península Indiana, inclusive a do arroz que posteriormente se difundiu por toda a Ásia.

No segundo milênio antes de Cristo, vindos do interior do continente, os arianos invadiram o norte e tomaram a península. Eles já dominavam o ferro e eram bons guerreiros, principalmente excelentes cavaleiros.

---

80 DIAKOV, V. KOVALEV, S. (dir.) **História da Antigüidade** – A sociedade primitiva do Oriente. Lisboa: Estampa. 1976, p. 317 e ss.

Da soma da civilização dravidiana e dos invasores arianos nasceu a civilização hindu, que possuiu características que se perpetuam até hoje na sociedade indiana.

3. Sociedade

A sociedade Hindu é dividida em Castas e, mesmo hoje – depois da influência de outros povos, outras religiões – nas regiões onde o hinduismo permanece a estrutura de castas persiste inalterada.

O sistema de castas não admite mudanças (ao menos em vida); o nascimento determina a casta que o indivíduo pertencerá por toda a sua existência. Portanto, nascer em uma casta significa crescer nela, casar-se com alguém dessa mesma casta, ter filhos somente dessa casta e morrer pertencendo a ela.

A mistura de castas é vista como algo hediondo, não passível sequer de qualquer consideração, mesmo porque, para os Hindus, essa divisão foi feita na criação do mundo, quando dos membros superiores do deus Brahma saíram as castas superiores, e dos membros inferiores a castas inferiores.[81]

As castas eram quatro e quem não pertencia a nenhuma delas era considerado "resto":

√ *Brâmanes*: a casta superior, considerada a mais pura física e, principalmente, espiritualmente. Tinham funções como administradores, médicos, líderes espirituais etc. Aos *Brâmanes*, era devida obediência, indiferentemente da condição de tal *Brâmane*.

> "Art. 733. Instruído ou ignorante, um Brâmane é uma divindade poderosa, do mesmo modo que o fogo consagrado ou não consagrado é uma poderosa divindade."

√ *Ksatryas*: eram a casta dos guerreiros.

---

81 Para ilustrar essa afirmação, podemos ler no Código de Manu, Art. 594º: "O filho que um Brâmane engendra por luxúria se unindo a uma mulher de classe servil, ainda que gozando da vida, é como um cadáver; eis porque é chamado cadáver vivo."

√ *Varsyas*: a casta dos comerciantes. É interessante ressaltar que essa divisão por castas não dependia de riqueza. Os *brâmanes* eram muito ricos, mas um *varsya* também poderia sê-lo, mas, mesmo assim, era considerado inferior aos *ksatryas*, que por sua vez eram inferiores aos *brâmanes*.

√ *Sudras*: a casta inferior.[82] Eram a mão de obra da Índia (pedreiros, agricultores, empregados em geral). Estavam em condição servil, ou seja, embora não fossem escravos, estavam obrigados a trabalhar para as outras castas, principalmente a dos *brâmanes*.

> "Art. 410. Mas, que ele [o brâmane] obrigue um Sudra, comprado ou não, a cumprir as funções servis; porque ele foi criado para o serviço de Brâmane pelo ser existente por si mesmo."

> "Art. 411. Um Sudra, ainda que liberto por seu senhor, não é livre do estado de servidão; porque este estado, lhe sendo natural, quem poderia dele isentá-lo?"

O "resto" era chamado *Chandalas* ou párias, que não eram considerados casta; na prática, não eram considerados nem gente. Eram classificados como os mais impuros, cabendo a eles as tarefas também consideradas demasiado impuras para que um membro de uma casta as executasse. Eles eram os sapateiros, os limpa-fossas, os curtidores etc. Ou seja, exerciam funções que lidavam com restos humanos ou de animais.

Os reis, em geral, saíam da casta dos *Ksatryas*, isso porque eram, antes de qualquer coisa, chefes guerreiros. Entretanto, os *brâmanes* podiam mais que o rei, como provam estes artigos do Código:

> "Art. 35. Quando um homem vem dizer com verdade: 'esse tesouro me pertence' e quando ele prova o que alega, o tesouro tendo sido achado, quer por esse homem quer por outro, o rei deve

82 Inferior em todos os sentidos, podendo até mesmo ser considerada uma "praga". Art. 22º O país habitado por um grande número de Sudras, freqüentado por ateus, e desprovido de Brâmanes, é logo destruído pelas devastações da fome e das moléstias.

> ter dele a sexta ou a duodécima parte, segundo a qualidade desse homem."
>
> "Art. 37. Quando o Brâmane instruído vem a descobrir um tesouro outrora enterrado, ele pode tomá-lo integralmente, porque ele é senhor de tudo que existe."
>
> "Art. 38. Mas, quando o rei acha um tesouro antigamente depositado na terra e que não tem dono, que ele dê a metade dele aos Brâmanes e deixe entrar a outra metade em seu tesouro."

4. Religião

Para os Hindus (antes das influências budistas e, posteriormente, cristãs), a religião era o Vedismo, que vem de Veda e significa "a soma de todo conhecimento". É a religião que antecede o Bramanismo que dominou a Índia posteriormente e sobrevive até hoje juntamente às religiões "importadas".

O Vedismo apoia-se na crença na reencarnação e, através desta, os Hindus puderam basear e firmar sua estrutura social e sua legislação.

Para eles, o reencarnar em uma situação boa ou ruim na próxima vida dependia intimamente de ser bom ou não na vida presente. Essa ideia permeia tudo dos hindus da Índia antiga – da sociedade à religião, da economia à divisão por castas.

Como afirmado anteriormente, essa divisão não possibilitava mistura nem a mudança de uma casta para outra. Esse deslocamento entre castas só era possível ao indivíduo com a sua morte e consequente reencarnação.

Se uma pessoa fosse boa durante sua vida, poderia vir em uma casta melhor em sua próxima encarnação; se fosse ruim, viria em uma casta inferior.

Essa certeza dava à forma da sociedade um molde que não poderia ser facilmente rompido, visto que, se um indivíduo estava em uma situação precária por ser de uma casta inferior, isso se devia exclusivamente à responsabilidade dele próprio e de sua conduta na vida anterior; da mesma maneira não havia como se rebelar contra as

pessoas das castas superiores, à medida que estas fizeram efetivamente por merecer em suas vidas passadas.

Além da divisão social, o próprio Código de Manu apoiava-se nessa crença. Ser bom ou ruim implicava diretamente respeitar ou não o Código:

> "Art. 750. Uma obediência cega às ordens dos Brâmanes versados no conhecimento dos Livros Santos, donos de casa e afamados pela sua virtude, é o principal dever de um Sudra e ele dá felicidade depois da morte."

> "Art. 751. Um Sudra, puro de espírito e de corpo, submetido às vontades das classes superiores, doce em sua linguagem, isento de arrogância e se ligando principalmente aos Brâmanes, obtém um nascimento mais elevado."

5. Alguns Pontos do Código de Manu

a) Testemunhas

A questão das testemunhas para esse Código é tratada com o mais intenso cuidado. Uma testemunha não pode, de maneira alguma, ficar calada, pois isso é considerado equivalente a um falso testemunho.

> "Art. 13. É preciso ou não vir ao Tribunal ou falar segundo a verdade: o homem que nada diz, ou profere uma mentira, é igualmente culpado."

As testemunhas devem ser admitidas dentro de parâmetros muito estreitos:

> "Art. 49. Devem-se escolher como testemunhas, para as causas, em todas as classes, homens dignos de confiança, conhecendo todos os seus deveres, isentos de cobiça, e rejeitar aqueles cujo caráter é o oposto a isso."

Entretanto, a rejeição a testemunhas não ficava restrita a homens cujo "caráter fosse duvidoso". Uma série de tipos de pessoas, de profissionais, de indivíduos com certas condições emocionais, também não podia testemunhar:

> "Art. 50. Não se devem admitir nem aqueles que um interesse pecuniário domina, nem amigos, nem criados, nem inimigos, nem homens cuja má-fé seja conhecida, nem doentes, nem homens culpados de um crime."
>
> "Art. 51. Não se pode tomar para testemunha nem o rei, nem um artista de baixa classe, como um cozinheiro, nem um ator, nem um hábil teólogo, nem um estudante, nem um ascético afastado de todas as relações mundanas."
>
> "Art. 52. Nem um homem inteiramente dependente, nem um homem mal afamado, nem o que exerce um ofício cruel, nem o que se entrega a ocupações proibidas, nem um velho, nem uma criança, nem um homem só, nem um homem pertencente a uma classe misturada, nem aquele cujos órgãos estão enfraquecidos."
>
> "Art. 53. Nem um infeliz desanimado pelo pesar, nem um ébrio, nem um louco, nem um sofrendo fome ou sede, nem fatigado em excesso, nem o que está apaixonado de amor, ou em cólera, ou um ladrão."

Algumas pessoas podiam ser tomadas como testemunhas, apesar de não serem consideradas ideais e somente poderem ser usadas em casos excepcionais e em condições predeterminadas.

> "Art. 54. Mulheres devem prestar testemunho para mulheres; Dvija da mesma classe para Dvijas, Sudras honestos para pessoas da classe servil; homens pertencentes às classes misturadas para os que nasceram nessas classes. Mas, se se trata de um fato acontecido nos aposentos interiores ou em uma floresta, ou de

> um assassinato, aquele, quem quer que seja, que viu o fato, deve dar testemunho entre as duas partes."[83]

> "Art. 55. Em tais circunstâncias, na falta de testemunhas convenientes, pode-se receber o depoimento de uma mulher, ou de uma criança, de um ancião, de um discípulo, de um parente, de uma escrava ou de um criado."

No caso de testemunhas mulheres, conforme visto anteriormente, era somente aceito se o testemunho fosse dado a outra mulher, entretanto, mesmo assim, elas eram consideradas inconvenientes por sua "inconstância".

> "Art. 62. O testemunho isolado de um homem isento de cobiça é admissível em certos casos; enquanto que o de um grande número de mulheres, ainda que honestas, não o é (por causa da inconstância do espírito delas) como não o é o dos homens que cometeram crimes."

Mesmo ao se colocar na posição de testemunha, a separação e a hierarquização das castas estavam presentes:

> "Art. 97. Que o juiz faça jurar um Brâmane por sua veracidade; um Ksatriya, por seus cavalos, seus elefantes ou suas armas; um Vaisya, por suas vacas, seu trigo, seu ouro; um Sudra, por todos os crimes."

E, dependendo do caso, a testemunha poderia ter que passar por uma prova:

> "Art. 98. Ou então, segundo a gravidade do caso, que ele faça tomar o fogo com a mão àquele que ele quer experimentar ou que ele mande mergulhá-lo na água ou lhe faça tocar separadamente a

83 Dvija: "Nascido duas vezes".

> cabeça de cada um de seus filhos e de sua mulher."

> "Art. 99. Aquele a quem a chama não queima, a quem a água não faz sobrenadar, ao qual não sobrevém desgraça prontamente, deve ser considerado como verídico em seu juramento."

b) Falso Testemunho

O falso testemunho é tratado por esse Código de maneira bastante dura, e as penas podem ser em vida ou no pós-vida:

> "Art. 67. Aquele que presta um testemunho falso cai nos laços de Veruna, sem poder opor nenhuma resistência, durante cem transmigrações; deve-se, por conseguinte, dizer só a verdade."

> "Art. 74. As moradas de tormentos reservadas ao assassino de um Brâmane, ao homem que mata uma mulher ou uma criança, ao que faz mal ao seu amigo e ao que paga com o mal o bem, são igualmente destinadas à testemunha que dá depoimento falso."

> "Art. 78. Nu e calvo, sofrendo fome e sede, privado da vida, aquele que tiver prestado falso testemunho, será reduzido a mendigar sua subsistência, com uma xícara quebrada, na casa de seu inimigo."

> "Art. 79. Com a cabeça para baixo será precipitado nos abismos mais tenebrosos do inferno, o celerado que, interrogado em um inquérito judicial, der um depoimento falso."

Entretanto, a mentira diante do juiz, caso tenha sido engendrada para salvar a vida de quem cometeu um crime em "um momento de alucinação", é aceita e recomendada:

> "Art. 89. Todas as vezes que a declaração da verdade poderia causar a morte de um Sudra, de um

> Vaisya, de um Ksatriya ou de um Brâmane, quando se trata de uma falta cometida num momento de alucinação e não de um crime premeditado, como roubo, arrombamento, é preciso dizer uma mentira; e, nesse caso, é preferível à verdade."

c) Casamento

Nessa sociedade muitas crianças já nasciam "prometidas em casamento" e, especificamente no caso da mulher, não era uma escolha pessoal, até mesmo porque, na maior parte das vezes, elas casavam-se ainda muito crianças, segundo indica o Código de Manu:

> "Art. 505. É a um mancebo distinto, de exterior agradável e da mesma classe, que um pai deve dar sua filha em casamento, segundo a lei, embora ela não tenha chegado ainda à idade de oito anos em que a devam casar."

> "Art. 511. Um homem de trinta anos deve desposar uma rapariga de doze que lhe agrade; um de vinte e quatro, uma de oito; se ele acabou antes seu noivado, para que o cumprimento de seus deveres de dono da casa não seja retardado, que ele se case logo."

d) Divórcio

Esse Código admitia divórcio, embora não deixe claro que não deve ser feito sem motivos que aquela sociedade considerava importantes. E a separação somente poderia ocorrer caso a deficiência fosse da esposa, ou seja, era o marido quem decidia a separação.

> "Art. 494. Durante um ano inteiro, que o marido suporta a aversão de sua mulher, mas, depois de um ano, se ela continua a odiá-lo, que ele tome o que ela possui em particular, lhe dê somente o que subsistir e vestir-se, e deixe de habitar com ela."

> "Art. 496. Mas, aquela que tem aversão por um marido insensato ou culpado de grandes crimes,

> ou eunuco ou impotente, ou atormentado de elefantíase ou de concussão pulmonar, não será abandonada nem ser privada de seu bem."
>
> "Art. 497. Uma mulher dada aos licores inebriantes, tendo maus costumes, sempre em contradição com seu marido, atacada de uma moléstia incurável, como a lepra, ou de um gênio mau e dissipa seu bem, deve ser substituída por outra mulher."

"Defeitos" de fertilidade (incluindo aí o caso de só ter filhas mulheres) e de mortalidade infantil também poderiam ocasionar a separação:[84]

> "Art. 498. Uma mulher estéril deve ser substituída no oitavo ano; aquela cujos filhos têm morrido, no décimo; aquela que só põe no mundo filhas, no undécimo; aquela que fala com azedume, imediatamente."

A mulher considerada virtuosa, mesmo que doente, não poderia ser rejeitada, somente com seu consentimento:

> "Art. 499. Mas, aquela que, embora doente, é boa e de costumes virtuosos, não pode ser substituída por outra, senão por seu consentimento e não deve jamais ser tratada com desprezo."

e) Mulheres

Pelos pontos abordados anteriormente, já foi possível perceber que a situação da mulher nesse Código é de subordinação. E, não obstante vários códigos antigos e modernos colocarem a mulher nessa mesma posição, o Código de Manu deixa explícito a situação jurídica da parte feminina da população:

84 Hoje em dia a ciência comprovou que é da contribuição genética do homem que se dá a definição do sexo da criança, mas antigamente, assim como em alguns povos, mesmo hoje em dia, esta era considerada uma responsabilidade da mulher.

> “Art. 419. Dia e noite, as mulheres devem ser mantidas num estado de dependência por seus protetores; e mesmo quando elas têm demasiada inclinação por prazeres inocentes e legítimos, devem ser submetidas por aqueles de quem dependem à sua autoridade.”

> “Art. 420. Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir à sua vontade.”

Essa situação imposta juridicamente decorre da certeza que os hindus carregavam acerca da propensão feminina ao mal:

> “Art. 422. Deve-se sobretudo cuidar e garantir as mulheres das más inclinações, mesmo as mais fracas; se as mulheres não fossem vigiadas, elas fariam a desgraça de suas famílias.”

Dessa forma, a mulher não tinha direito à propriedade:

> “Art. 611. Os presentes que ela recebeu, depois de seu casamento, da família de seu marido ou de sua própria família, ou os que seu marido lhes fez por amizade, devem pertencer depois de sua morte a seus filhos, mesmo em vida de seu esposo.”

Mesmo as funções diárias da mulher estavam explicitadas no Código. Contraditoriamente entre as funções de mãe, dona de casa etc., estava a obrigação de cuidar da renda da família:

> “Art. 428. Que o marido designe para função à sua mulher a receita das rendas e despesa, a purificação dos objetos e do corpo, o cumprimento de seu dever, a preparação do alimento e a conservação dos utensílios do lar.”

> “Art. 444. Dar à luz filhos, criá-los quando eles têm vindo ao mundo, ocupar-se todos os dias dos

> cuidados domésticos; tais são os deveres das mulheres."

f) Adultério e Tentativa de Adultério

Este é o fato (considerado crime) que mais tem artigos específicos no Código de Manu. Fidelidade no casamento é exigida por lei:

> "Art. 518. Que uma fidelidade mútua se mantenha até a morte, tal é, em suma, o principal dever da mulher e do marido."

E, mesmo os que praticam a sedução, sem necessariamente cometerem adultério ou fazerem as mulheres cometerem-no, devem ser punidos:

> "Art. 349. Que o rei bane, depois de havê-los punidos com mutilações infamantes, aqueles que se aprazem em seduzir as mulheres dos outros."

Essa verdadeira aversão ao adultério é explicada facilmente pelo próprio Código:

> "Art. 350. Porque é do adultério que nasce no mundo a mistura de classes, provém a violação dos deveres destruidora da raça humana, que causa a perda do universo."

Em vista disso, o Código discorre detalhes sobre o que seria ou poderia ser considerado adultério:

> "Art. 353. Aquele que fala à mulher do outro em um lugar de peregrinação, em uma floresta ou em um bosque, ou na confluência de dois rios, isto é, em um lugar afastado, incorre na pena de adultério."

> "Art. 354. Ter pequenos cuidados com uma mulher, mandar-lhe flores e perfumes, gracejar com ela, tocar nos seus enfeites ou nas suas vestes, sentar-se com ela no mesmo leito, são considerados pelos sábios como as provas de um adultério."

> “Art. 355. Tocar o seio de uma mulher casada ou outras partes do seu corpo de uma maneira indecente, deixar-se tocar assim por ela, são ações resultantes do adultério, com consentimento mútuo.”

O estupro foi colocado entre os artigos de adultério, e o Código afirma que as mulheres deveriam ser vigiadas para que isso não ocorresse. Mas não há nenhuma indicação do que ocorreria com a vítima.

> “Art. 356. Um Sudra deve sofrer a pena capital por ter feito violência à mulher de um Brâmane; e, em todas as classes, são principalmente as mulheres que devem ser vigiadas continuamente.”

A pena de morte era, em geral, aplicada para casos de adultério.

> “Art. 368. Se uma mulher, orgulhosa de sua família e de suas qualidades, é infiel ao seu esposo, que o rei a faça devorar por cães em um lugar bastante freqüentado.”

> “Art. 369. Que ele condene o adúltero seu cúmplice a ser queimado sobre um leito de ferro aquecido ao rubro e que os executores alimentem incessantemente o fogo com lenha até que o perverso seja carbonizado.”

> “Art. 374. Se todos dois [varsya e ksatrya] cometem adultério com uma Brâmane, guardada por seu esposo, e dotada de qualidade estimável, devem ser punidos como Sudras ou queimados com fogo de ervas de caniço.”

Mas nem sempre a pena capital era a única a ser aplicada. No caso específico de Sudras, a pena poderia ser a de castração, caso o adultério fosse cometido com uma mulher das três castas acima da dele.

> “Art. 371. O Sudra que entretém comércio criminoso com a mulher das três principais classes

> guardada em casa, ou não guardada, será privado do membro culpado e de todo seu patrimônio, se ela não era guardada; se ela o era, ele perderá tudo, seus bens e a existência."

Somente os Brâmanes poderiam ter uma pena mais amena.

> "Art. 376. Uma tonsura ignominiosa é imposta em lugar da pena capital a um Brâmane adúltero, nos casos em que a punição das outras classes seria a morte."

g) Defloração

A defloração no Código de Manu era definida como sendo feita sem o uso do órgão sexual e era punida severamente.

> "Art. 364. O homem que, por orgulho, macula violentamente uma rapariga pelo contato de seu dedo terá dois dedos cortados imediatamente, e merece, além disso, uma multa de seiscentos panas."

> "Art. 365. Quando a rapariga tem consentido nisso, aquele que a poluiu dessa maneira, se é da mesma classe, não deve ter os dedos cortados; mas é preciso fazer-lhe pagar duzentos panas de multa para impedi-lo de reincidir."

A punição pela defloração feita por outra moça também é dura, principalmente se essa defloração for conduzida por uma mulher.

> "Art. 366. Se uma senhorita macula outra pelo contato do dedo, que ela seja condenada a duzentos panas de multa; que ela pague ao pai da rapariga o duplo do presente de núpcias e receba dez chicotadas."

> "Art. 367. Mas, uma mulher que atenta da mesma maneira contra o pudor de uma rapariga, deve ter imediatamente a cabeça raspada e os dedos

> cortados, segundo as circunstâncias, e deve ser levada pelas ruas, montada em um burro."

h) Herança

A herança teve nesse Código um cuidado bastante especial. Era previsto, por exemplo, que aqueles que por impedimento não podiam cuidar de seus próprios bens recebidos em herança teriam como tutor da mesma o rei.

> "Art. 27. O bem por herança de um menor sem protetor deve ficar sob a guarda do rei até que ele termine seus estudos ou saia da infância, isto é, até os seus 16 anos."

> "Art. 28. A mesma proteção deve ser concedida às mulheres estéreis, aquelas que não têm filhos, às mulheres sem parentes, àquelas que são fiéis a seu esposo ausente, às viúvas e às mulheres atingidas por uma moléstia."

Na morte dos pais a herança ia, geralmente, para o irmão mais velho – que ficaria responsável pelos irmãos – desde que este não renunciasse a esse direito.

> "Art. 521. Depois da morte do pai e da mãe, que os irmãos, se tendo reunido, partilhem entre si igualmente os bens de seus pais, quando o irmão mais velho renuncia a seu direito; eles não são donos de tais bens durante a vida daquelas duas pessoas, salvo se o pai mesmo tenha preterido partilhar esses bens."

> "Art. 522. Mas, o mais velho, quando ele é eminentemente virtuoso, pode tomar posse do patrimônio em sua totalidade; e os outros irmãos devem viver sob sua tutela, como viviam sob a do pai."

Essa tendência em beneficiar o mais velho dos filhos se dava baseada na crença de que o primeiro filho homem nascido dava ao

homem a condição de pai e, assim, sanava sua dívida espiritual com os antepassados.

> "Art. 523. No momento de nascer o mais velho, antes mesmo que a criança tenha recebido os sacramentos, um homem se torna pai e paga sua dívida para com seus antepassados; o filho mais velho deve ter tudo."

Esse benefício ao primogênito era somente para as três primeiras castas, visto que os Sudras tinham que repartir a herança de maneira igual.

> "Art. 573. É ordenado a um Sudra desposar uma mulher de sua classe e não outra; todos os filhos que nascem dela devem ter partes iguais, mesmo quando haja uma centena de filhos."

O Código indica também como devem ficar os casos de herança, nos quais não haja herdeiros descendentes.

> "Art. 633. Se um filho morre sem filhos e sem mulher, o pai ou a mãe deve herdar de sua fortuna; a mãe sendo morta, que a mãe do pai ou a avó paterna tomem os bens na falta de irmãos e de sobrinhos."

i) Adoção e Outros Meios Legais de Continuação da Linhagem

Como se pode atestar pelo indicado no ponto anterior, ter filhos, ter herdeiros do sexo masculino era de suma importância nessa sociedade e diante dos parâmetros religiosos que esse povo seguia.

Dessa forma, quando não era possível conceber filhos homens, o Código permitia algumas maneiras de consegui-lo.

Uma delas era o acordo com uma filha, que propunha que o primeiro filho dela seria considerado filho de seu pai.

> "Art. 543. Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha de maneira seguinte de lhe criar um filho dizendo: que o filho macho que ela

> puser no mundo seja meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre."

A impossibilidade de ter filhos também poderia ser remediada de uma forma bastante interessante. Com a anuência do marido e algumas condições especiais (inclusive o uso de manteiga líquida), o cunhado (ou outro parente do marido) poderia tomar as vezes de reprodutor.

> "Art. 475. O irmão mais velho, que conhece carnalmente a mulher de seu irmão moço e o irmão moço a de seu mais velho irmão, são degradados, ainda que tenha sido a isso convidados pelo marido ou por parentes, a menos que o casamento seja estéril."

> "Art. 476. Quando não se tem filhos, a progenitura que se deseja pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou com um outro parente."

> "Art. 477. Regado de manteiga líquida e guardando silêncio, que o parente encarregado desse ofício, se aproximando durante a noite de uma viúva ou de uma mulher sem filhos, engendre um só filho, mas nunca um segundo."

> "Art. 479. O objeto dessa comissão, uma vez obtida segundo a lei, que as duas pessoas, o irmão e a cunhada, se comportem, uma para a outra, como pai e nora."

> "Art. 480. Mas, um irmão, quer o mais velho, quer o mais moço, que encarregado de cumprir esse dever não observa a regra prescrita, e só pensa em satisfazer seus desejos, será degradado nos dois casos, se é o mais velho, como tendo maculado o leito de sua nora; se é o novo, o de seu pai espiritual."

Mas a adoção simples também era admitida.

> "Art. 585. Quando um homem toma para filho um rapaz da mesma classe que ele, que conhece a vantagem da observação das cerimônias fúnebres e o mal resultante de sua omissão, e dotado de todas as qualidades estimadas em um filho, este filho é chamado filho adotivo."

j) Juros

O Código de Manu legisla sobre juros, inclusive impondo diferenças entre a possibilidade de cobrança para as diferentes castas.

> "Art. 140. Que ele receba dois por cento de juro, por mês (porém nunca mais) de um Brâmane, três de um Ksatriya, quatro de um Vaisya e cinco de um Sudra, segundo a ordem direta das classes."

Impõe também limites nos juros que podem ser cobrados dependendo da circunstância.

> "Art. 149. O juro de uma soma emprestada, recebida de uma só vez, e não por mês ou por dia, não deve ultrapassar o duplo da dívida, isto é, não deve subir além do capital que se reembolsa ao mesmo tempo; e para grãos, fruta, lã ou crina, animais de carga, emprestados para serem pagos em objetos do mesmo valor, o juro deve ser no máximo bastante elevado para quintuplicar a dívida."

k) Contratos

Os contratos nesse Código são vedados a pessoas que consideram sem a capacidade para tal.

> "Art. 161. Todo contrato feito por uma pessoa ébria ou louca ou doente, ou inteiramente dependente, por um menor, por um velho ou por uma pessoa que não tem autorização, é de nenhum efeito."

l) Limites de Propriedade

Em uma sociedade tão numerosa em termos populacionais, a questão de terras era sempre uma preocupação. Então, esse conjunto de leis indica como deve acontecer a decisão sobre contendas, envolvendo a questão de terras.

> "Art. 242. Quando se levanta uma contestação sobre limites entre duas aldeias, que o rei escolha os meses de maio e junho para determinar os limites, sendo então mais fáceis de distinguir, porque o ardor do sol tem dessecado inteiramente a erva."

Para delimitação de limites de propriedade, havia um ritual que deveria ser seguido.

> "Art. 253. Que esses homens, pondo terra sobre suas cabeças, conduzindo grinaldas de flores vermelhas, e vestimentas vermelhas, depois de haverem jurado pela recompensa futura de suas boas ações, fixem exatamente o limite."

m) Fraude

Muitas leis antigas não abordam a questão da fraude, ou apenas o fazem sem prever sanção alguma. O Código de Manu prevê esse delito e prevê multa para ele.

> "Art. 397. Aquele que frauda os direitos, que vende ou compra em hora indevida ou que dá falsa avaliação de suas mercadorias, deve sofrer uma multa de oito vezes o valor dos objetos."

n) Fraude Quanto à Casta a que Pertence

Como dito anteriormente, a rigidez das castas não permitia nenhuma noção de igualdade, mesmo que física. Dessa forma, estar ao lado de um membro de uma casta superior poderia ser muito doloroso para um indivíduo de uma casta inferior que se atrevesse a tal coisa:

> "Art. 278. Um homem de baixa classe que resolve tomar lugar ao lado de um de classe mais elevada deve ser marcado debaixo do quadril e banido ou, então, deve ordenar o rei que lhe façam um talho sobre as nádegas."

o) Injúrias

No tocante à injúria, sua definição pode ser muito ampla no Código de Manu. Pode tratar-se de somente palavras injuriosas ou até mesmo de um indivíduo fazer necessidades vitais sobre outro. Dessa forma, no caso desse Código podemos definir injúria como qualquer ofensa que não fere fisicamente o outro.

As penas e multas variam também de acordo com a posição tanto do ofendido quanto do ofensor, bem como da gravidade da ofensa.

> "Art. 264. Um Ksatriya, por ter injuriado um Brâmane, merece uma multa de cem panas; um Vaisya, uma multa de cento e cinqüenta ou duzentos, um Sudra, uma pena corporal."

> "Art. 265. Um Brâmane será sujeito à multa de cinqüenta panas, por ter ultrajado um homem da classe militar; de vinte e cinco, por um homem de classe comercial; de doze, por um Sudra."

> "Art. 266. Por ter injuriado um homem da mesma classe que ele, um Dvija será condenado a doze panas de multa; por juízos infamantes, a pena em geral deve ser dobrada."[85]

As penas podem também ser físicas.

> "Art. 267. Um homem da última classe que insulta um Dvija por invectivas afrontosas merece ter a língua cortada; porque ele foi produzido pela parte inferior de Brama."

85 Dvija: "Nascido duas vezes". Através da prática de ritos iniciatórios, o jovem, confiado a um guru após intenso ritual, ingressava em uma nova vida, conquistando sua personalidade espiritual plena, passava a ser chamado de dvija, nascido novamente.

> "Art. 268. Se ele os designa por seus nomes e por suas classes de uma maneira ultrajante, um estilete de ferro, de dez dedos de comprimento, será enterrado fervendo em sua boca."

> "Art. 269. Que o rei lhe faça derramar óleo fervendo na boca e na orelha se ele tiver a imprudência de dar conselhos aos brâmanes relativamente ao seu dever."

E extremamente violentas, no caso do ofendido ser um brâmane e o ofensor um indivíduo de uma casta mais baixa:

> "Art. 279. Se ele encara com insolência sobre um Brâmane, que o rei lhe faça mutilar os dois lábios; se ele urina sobre um Brâmane, a uretra; se ele larga um peido na presença deste, o ânus."

p) Ofensas Físicas

As ofensas físicas seguem o Princípio da Pena de Talião de forma muito próxima e, às vezes, extrapolam-no na medida que consideram não somente que o culpado deve ser ferido à mesma forma que feriu, mas também deve ter mutilado o órgão usado para ferir o outro, indiferentemente do tipo de ferimento que causou:

> "Art. 276. De qualquer membro que se sirva um homem de baixo nascimento para ferir um superior, esse membro deve ser mutilado."

> "Art. 277. Se ele levantou a mão ou um bastão sobre o superior, deve ter a mão cortada; se em um movimento de cólera lhe deu um pontapé, que seu pé seja cortado."

> "Art. 280. Se ele o pega pelos cabelos, pelos pés, pela barba, pelo pescoço, ou pelos testículos, que o rei lhe faça cortar as duas mãos sem hesitar."

q) Furto e Roubo

O Código explicita a diferença entre os dois delitos:

> "Art. 329. A ação de tirar uma coisa com violência, à vista do proprietário, é um roubo; em sua ausência é furto, do mesmo modo que o que se nega ter recebido."

r) Homicídio e Autodefesa

No Código de Manu há a possibilidade de não haver pena, nem culpa, no caso de homicídio em legítima defesa. Mesmo que a vítima seja um Brâmane:

> "Art. 347. Um homem deve matar, sem hesitação, a quem se atire sobre ele para assassiná-lo, se não tem nenhum meio de escapar, quando, mesmo, fosse seu direito, ou uma criança ou um ancião; ou ainda um Brâmane muito versado na Escritura Santa."

> "Art. 348. Matar um homem que faz uma tentativa de assassinato em público ou em particular não faz ninguém culpado de assassinato: é o furor nas presas do furor."

CAPÍTULO V
GRÉCIA

1. Introdução

Grécia não indica um nome de um país ou de uma unidade política na Antiguidade. Antes de tudo, por suas condições geográficas e econômicas, Grécia na Antiguidade significava uma região. Nas palavras de Rostovtzeff:

> "A organização política da Grécia era ditada pelas condições geográficas e econômicas. A natureza a dividira em pequenas unidades econômicas e era incapaz de criar grandes sistemas políticos. [...] Cada vale era independente [...]. As melhores regiões do país, especialmente seus férteis vales, estão abertas para o mar e vedadas a terra [...]. Eles estão mais em contato com os vizinhos separados pelo mar do que com os que a terra aproxima."[86]

Quando se fala em Grécia, pode-se, também, falar até certo ponto de uma unidade cultural, com deuses, dialetos e alguns hábitos em comum. Portanto, compreender esta "não unidade" que era a Grécia significa buscar a compreensão do que seja uma Cidade-Estado.

A cidade não tinha o significado que hoje tem; cidade "era a associação religiosa e política das famílias e das tribos".[87] Era na cidade que o coração e a vida se centravam, e o território era somente um apêndice. O Estado ateniense, por exemplo, compreendia todos os indivíduos livres que viviam em Atenas e mais todos aqueles que viviam nos territórios da Ática – região a que pertencia Atenas.[88]

---

86 ROSTOVTZEFF, M. **História da Grécia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 53 e ss.
87 COULANGES, F. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 1975, p. 106.
88 FOWLER, W. W. **The city State os the greeks and romans**. Londres: Macmillan, 1916, p. 8.

Comum a todas as Cidades-Estado gregas era a crença – independente dos regimes políticos a que se submetiam – de que na Cidade-Estado:

> "Governavam, não os homens, mas as leis. A legitimidade da 'lei consuetudinária' – *nómos* (lei) ou *pátrios politéia* (constituição ancestral) para os gregos [...] – decorria da antiguidade venerável que lhe era atribuída em forma histórica, ou, com maior freqüência, miticamente."[89]

Nos séculos VIII e VII a.C., as cidades gregas conheceram um grande desenvolvimento urbano. Este não se deu de forma igual, mas explicava-se pelo grande crescimento populacional do período somado a uma retomada do progresso tecnológico, artesanal e comercial.

Esse progresso gerou a queda das monarquias e o início de turbulências sociais que acabaram por produzir legislações e famosos legisladores. Entre eles podemos citar: Zaleuco de Locros, Carondas de Catânia, Licurgo de Esparta, Drácon e Sólon de Atenas. Destes, somente os dois últimos têm comprovada existência histórica.[90]

São numerosas as Cidades-Estado gregas, são numerosos seus legisladores e, em momentos históricos diferentes, elas sobressaíram-se individualmente. Entretanto, duas cidades apresentam-se como as mais intrigantes no tocante ao Direito: Esparta e Atenas. Destas duas, a partir dos séculos VIII e VII a.C., ocuparemo-nos de forma mais atenta.

2. Esparta

Esta foi uma das primeiras Cidades-Estado a surgir na Grécia, fundada no século IX a.C. por invasores dórios nas margens do rio Eurotas, na Planície da Lacônia. O nome da cidade deriva de uma planta da região.

A partir do século VII a.C. Esparta inicia um processo que vai culminar em um quase total refreamento de qualquer tipo de evolução. Esse processo é indicado pelos próprios habitantes de

89 CARDOSO, C. F. S. **A cidade estado antiga**. São Paulo: Ática, 1985, p. 12.
90 PETIT, P. **História Antiga**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964, p. 80 e ss.

Esparta como sendo obra de um legislador, não necessariamente histórico, Licurgo.

> "A evolução foi completamente detida, e toda a energia da raça consagrou-se à manutenção destas instituições arcaicas que, enrijecendo-se ainda mais, acabaram por esclerosar-se. Embora os Antigos tenham todos afirmado e admitido sem discussão que as leis [...] eram devidas a sabedoria do legislador Licurgo, tão ilustre quanto desconhecido, pensa-se atualmente que esta atribuição de patrono servia para disfarçar a obra de poderosas famílias, desejosas de perpetuar o estado de coisas que mais lhe dava proveitos."[91]

2.1. Sociedade

Esparta apresentava três camadas sociais:

√ Os *Espartíatas*: eram os dórios, guerreiros que recebiam educação militar especial.

√ Os *Periecos*: eram os aqueus, tinham boas condições materiais de vida, mas nenhum direito político.

√ Os *Hilotas*: eram escravos de propriedade do Estado, não tinham proteção da lei e sua condição humana era uma das mais insuportáveis de todo o mundo antigo.[92]

Embora possamos, à primeira vista, subentender que os espartíatas estariam com uma situação de tal forma privilegiada nessa sociedade que a vida deles era tranquila, o formato extremamente militarista da sociedade e da ideologia desse Estado fazia com que, não

---

91 *Ibidem*, p. 88.

92 "Periodicamente , os mais vigorosos dentre eles eram assassinados. Os espartanos mais prudentes e inteligentes eram mandados como agentes secretos do governo, aparecendo onde eram menos esperados e matando os hilotas indesejáveis sem julgamento. A posição dos hilotas não era ruim: seu tributo de produção aos seus senhores era estritamente definido e não era oneroso [...]." ROSTOVTZEFF, M. *Op. cit.,* 95.

obstante não precisassem calejar suas mãos pela sobrevivência diária em um arado, seu cotidiano não era, de nenhuma maneira, sereno.

> "É então que a sociedade adquire seus traços definitivos: hilotas, servos do Estado, e periecos, sem direitos políticos, são dominados pelos espartanos de raça pura, pouco numerosos desde o começo (10.000 guerreiros), aliviados de qualquer preocupação material, que se consagram desde os sete até os sessenta anos ao treinamento militar, casam-se patrioticamente [aos] 30, mas dormem no quartel até os 40, pagando com esta servidão militar a grandeza de serem os melhores infantes do mundo e a austera alegria do dever cumprido."[93]

Para uma melhor compreensão do papel do espartíata na mentalidade militarista deste estado, convém descrever sua educação, que, mesmo hoje, é indicada como um adjetivo, significando rigidez extrema: a educação espartana.[94]

Desde a primeira infância, o espartíata era educado para viver para o Estado. Um bebê, se julgado saudável por uma comissão especial de anciãos, estava imediatamente sob supervisão pública. As crianças que não eram aprovadas por esse julgamento eram enjeitadas pelo governo e acabavam morrendo ou sendo acolhidas por algum hilota de bom coração.

Até os sete anos, a criança recebia cuidados de sua mãe e de amas especiais do governo. Aos sete, os meninos eram afastados de suas famílias e ingressavam em um grupo militar comandado por um jovem espartíata, onde marchavam, faziam muita ginástica e aprendiam alguma coisa de música e leitura.

Dos doze aos dezessete anos, esses meninos deviam ir para o campo, onde deveriam sustentar-se somente com seu próprio esforço.

Esses garotos comiam alimentos preparados por eles mesmos e suas camas nada mais eram que uma forragem de palha que eles próprios recolhiam nas margens do rio Eurotas. Constantemente, participavam de competições militares e de ginástica.

---

93 PETIT, P. *Op. cit.*, p. 88 e ss.

94 Cf. ROSTOVTZEFF, M. *Op. cit.*, p. 95.

Com o intuito de desenvolver a independência desses meninos, eles eram incentivados a roubar, principalmente alimentos. Entretanto, se mal-sucedido, o garoto era surrado impiedosamente. O detalhe era que a surra não era dada por ele ter roubado, mas por ter sido pego.

Aos dezessete anos, o rapaz passava pela *Kriptia*, que consistia em esconder-se pelo campo, munido de punhais e, à noite, degolar quantos escravos conseguisse apanhar. Quem passasse por essa prova tornava-se adulto e recebia um lote de terra, ia viver então no quartel, recebendo uma refeição por dia ao cair da tarde.

Os espartíatas não podiam casar-se até os trinta anos; poderiam apenas coabitar. A partir dessa idade podiam participar da Assembleia, se casar e deixar o cabelo crescer. Aos sessenta, aposentavam-se do exército e podiam tomar parte do Conselho de Anciãos.

As meninas recebiam, praticamente, o mesmo treinamento físico dos meninos, para que pudessem ser boas mães de espartíatas. Elas tinham mais liberdade que as mulheres de outras Cidades-Estado da Antiguidade. Podiam receber herança e podiam enriquecer com o comércio, atividade vedada totalmente aos homens.

2.2. Economia

A economia de Esparta também se transformou a partir do século VII a.C. Surgiu uma vasta propriedade estatal no lugar das antigas propriedades coletivas. Essa grande propriedade era dividida, provavelmente, em 8.000 a 9.000 lotes, chamados cleros.

Distribuídas entre os guerreiros dórios, as terras não podiam ser cedidas ou vendidas. O Estado detinha a posse legal e o cidadão (espartíata), o usufruto. Para o trabalho nessas terras, o Estado emprestava seis escravos por lote, já que estes eram, também, propriedade dele.

Os periecos se dedicavam à agricultura e, mais esparsamente, à criação de pequenos animais, ao artesanato, à mineração de ferro e ao comércio. Eles tinham a propriedade de suas terras, mas estas eram sempre as da periferia, não necessariamente as melhores.

Era, mesmo na economia, uma cidade diferente e, embora demonstrado de maneira um tanto romântica, mostra-nos Xenofonte as bases econômicas "antienriquecimento" atribuídas a Licurgo:

> "Eis ainda as regras pelas quais Licurgo opôs Esparta aos outros gregos. Nas outras cidades,

sabe-se, todos se esforçam por ganhar tanto dinheiro quanto possível. Um trabalha a terra, o outro arma um navio, um outro pratica o grande comércio, outros ainda vivem dos ofícios artesanais. Mas Esparta proibiu aos homens livres o dedicarem-se a uma atividade lucrativa e prescreveu-lhes não ter por dignas deles senão as actividades pelas quais as cidades se constituem e permanecem livres. E, com efeito, por que se procuraria a riqueza em um país onde o legislador fixou até a contribuição de cada um dos produtos necessários à vida e à repartição igualitária, a fim de impedir a aspiração à riqueza e às doçuras a que ela conduz? Também não é para ter bons mantos que é necessário enriquecer; é a beleza do corpo, não a sumptuosidade das roupas, que é seu ornamento. Também não precisam amontoar dinheiro para despender em largueza com seus comensais, pois o legislador deu melhor renome ao esforço físico que se realiza para ajudar os companheiros do que às despesas ecfetuadas com eles; mostrou que as primeiras são o acto da alma; as segundas, da riqueza. Eis ainda como ele impediu que enriquecessem injustamente. Primeiramente instituiu uma moeda tal que dez minas não poderiam penetrar numa casa sem o conhecimento dos senhores e dos domésticos (pelo seu grande tamanho e peso): uma tal soma teria a necessidade de um grande espaço e de uma carroça para transportar. Para mais, o ouro e a prata são objeto de buscas e se se descobre algum em qualquer lado, o seu possuidor é castigado. Por que se esforçaria, pois, alguém para ganhar dinheiro onde a sua posse arranja mais aborrecimento que o seu uso prazeres?"[95]

95 XENOFONTE *apud* AUSTIN, Michel *et alli.* **Economia e sociedade na Grécia antiga**. Lisboa: 70, 1986, p. 63.

2.3. Política

Após o século em questão, a política espartana também se tornou extremamente conservadora. O poder passou a ser monopolizado exclusivamente pela *Gerúsia*, ou Conselho de Anciãos, esta era composta por vinte e oito *Gerontes* – cidadãos acima dos sessenta anos – que tinham cargo vitalício e eram escolhidos por aclamação na Assembleia (composta exclusivamente por espartíatas), que era somente um órgão consultivo, visto que decidia por aplauso.

A *Gerúsia* escolhia – sob a ovação da Assembleia – o poder executivo: os *Éforos*, cinco magistrados com mandato de um ano que tinham por função cuidar da educação das crianças espartíatas (que era dever do Estado), fiscalizar a vida pública e julgar os processos civis.

2.4. Cultura e Ideologia

Claramente, pelo acima exposto, fica claro que Esparta, do século VIII ao século IV a.C., tinha uma característica cultural marcante e absoluta: o militarismo levado às últimas consequências.

A esse militarismo somava-se um esforço contundente e eficaz – como prova a sua história – de manutenção do seu modo de vida, do *status quo*. Eles foram plenamente vitoriosos nesse campo, gerando por séculos a sociedade provavelmente mais imóvel da história.

Para explicar essa imobilidade, é necessário entender três características dos espartanos largamente incentivadas pelo Estado: a xenofobia, a xenelasia e o laconismo.

A xenofobia é a aversão, desconfiança, temor ou antipatia por pessoas estranhas ou por tudo que venha de outro lugar. Dessa forma, os espartanos de antemão rejeitavam quaisquer ideias ou influências estrangeiras.

Xenelasia é o banimento ou impedimento de estadia de estrangeiros. Assim, os espartanos não entravam em contato com ideias estranhas ao seu meio.

O Laconismo existe quando se fala somente o mínimo necessário e, mesmo assim, utilizando-se do menor número de palavras possível. Esta é a característica que mais proporcionalmente pode causar um refreamento nas mudanças de uma sociedade, visto que, se levado ao extremo, diminui, inclusive, a atividade intelectual e criativa.

3. Atenas

Atenas localiza-se na Península da Ática e estende-se pelo mar na direção Leste. Ela é separada do resto da Grécia por montanhas muito altas, porém de fácil acesso. Sua situação geográfica protegeu-a das invasões, principalmente de Dórios, e facilitou-lhe a vida política à medida que:

> "[...] Nessa região as condições eram favoráveis à união de considerável território em torno de um centro político. Ela forma uma só unidade geográfica da qual a saída mais conveniente para o mar é formada pelos dois portos de Atenas [...]."[96]

No século VIII a.C. a economia de Atenas era, ainda, basicamente, rural. Entretanto, as atividades artesanais e comerciais já cresciam e ultrapassavam os limites da região.

Com o desenvolvimento comercial, os *georgoi* – agricultores que possuíam terras pouco férteis junto às montanhas – se viram, cada vez mais, em situação difícil, porque, com a importação de cereais e algumas crises climáticas, a concorrência os aniquilava, gerando um endividamento com os *eupátridas* – que, além de monopolizar o poder, monopolizavam também as melhores terras, possuindo-as em latifúndios cultivados por rendeiros ou escravos.

Esse endividamento gerava não somente a perda de terras, mas também, caso houvesse a penhora do próprio corpo, a escravidão por dívida. Para piorar a situação, outros que não se tornavam escravos iam para as cidades engrossar a camada dos desvalidos.

Os *eupátridas* monopolizavam o poder, tanto quando ainda existia um rei (chamado *Basileu*) quanto quando posteriormente eles passaram a governar sozinhos, formando uma Oligarquia.[97]

Com o passar do tempo, essa situação de empobrecimento dos *georgoi* aumentou e somou-se à insatisfação de comerciantes e arte-

---

96 ROSTOVTZEFF, M. *Op. cit.*, p. 98.

97 Oligarquia: "Termo que na Grécia antiga, designava governo de uma minoria aristocrática [...]. Os governos oligárquicos (de *oligoi*, 'pequeno grupo') caracterizavam-se pela presença de conselhos políticos restritos e limitados em número, escolhidos por sua posição social." AZEVEDO, A. C. do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 289.

sãos que se tornavam cada vez mais ricos e desejavam participar da vida política.

A oligarquia estava então entre dois problemas: novos ricos desejosos de participar do governo que lhes era vedado e pobres, exigindo o fim da escravidão por dívida e a repartição das grandes propriedades. Os insatisfeitos formaram o Partido Popular, e o governo oligárquico ficou do outro lado, com o Partido Aristocrático.

A crise era grave, porque a aristocracia não tinha mais o monopólio de armas. Com a introdução de armas mais baratas, os pobres puderam armar-se também, participar do exército e, porque não, exigir também maior participação política.

No meio dessa luta entre os dois partidos, um aristocrata, de nome Cílon (em 623 a.C.), tentou tomar – sem sucesso – o poder à força e, como a resposta do Partido Popular foi imediata, a oligarquia se viu obrigada a lhes oferecer, para acalmá-los, reformas.

3.1. Drácon

Surgiram os legisladores – os primeiros a redigirem as leis em Atenas, o primeiro (em 621 a.C.) de nome Drácon, é famoso até hoje pela severidade de suas leis, tanto que, mesmo nos dias atuais, a palavra 'draconiano' significa nos dicionários: "referente a ou o severo e duro código de leis a ele [Drácon] atribuído. Que ou o que é excessivamente rigoroso ou drástico."[98]

Essa severidade pode ser compreendida pelo fato de Drácon ser um eupátrida, e como tal ele:

> "Conservava todos os sentimentos da sua casta e era instruído no direito religioso. Não parece ter feito outra coisa mais do que passar a escrito os antigos costumes, sem nada alterar. Sua primeira lei é esta: 'devemos honrar os deuses e os heróis e oferecer-lhes sacrifícios anuais, sem nos afastarmos dos ritos seguidos pelos antepassados'."[99]

98 HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

99 COULANGES, Foustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 1975, p. 250.

Em não tendo criado nenhuma novidade, Drácon reproduziu o direito antigo, ditado por uma religião implacável que via em todo erro uma ofensa às divindades e em toda ofensa às divindades um crime odioso. Assim, quase todos os crimes eram passíveis de pena de morte.

3.2. Sólon

Embora as leis de Drácon tenham reconhecido uma existência legal aos cidadãos e indicado o caminho da responsabilidade individual, ele não atingiu – e, provavelmente, nem era sua intenção – o problema econômico-social e, consequentemente, o problema político. Dessa forma, ao cabo de poucos anos, o Partido Popular voltou a exigir reformas.

Em 594 a.C., foi indicado um novo legislador, de nome Sólon. Este tinha a vantagem de ser aristocrata de nascimento e comerciante de profissão. Era como comerciante que Sólon pensava e foi assim que legislou.

Pode-se afirmar que as leis de Sólon correspondem a uma grande revolução social. A *eunomia* – igualdade de todos perante a lei – está presente em todos os artigos que ele escreveu; assim, não há distinção entre eupátridas e não-eupátridas.

A reforma de Sólon atingiu toda a estrutura do Estado Ateniense, no que diz respeito à economia, sociedade e política.

3.2.1. Economia

Sem dúvida, a legislação de Sólon preparou Atenas para ser uma potência econômico-comercial. Em todos os sentidos, ele indicava um incentivo ao desenvolvimento comercial e industrial que fariam de Atenas a principal e mais poderosa Cidade-Estado da região.

Como forma de ajudar a produção interna e, consequentemente, o comércio, Sólon incentivou a ida de artesãos estrangeiros para Atenas. Dessa forma, a produção tornava-se local, o que não somente barateava o custo dos produtos, como também a médio e longo prazos poderia fazer da cidade uma exportadora.

Para melhorar e simplificar as transações comerciais, o legislador dotou Atenas de um padrão monetário fixo e incentivou a exploração de minas de prata. Dessa maneira, Atenas teria uma melhor e maior circulação monetária. Ainda no intuito de simplificar o comércio, Sólon instituiu um sistema de pesos e medidas único.

3.2.2. Sociedade

Para minimizar os efeitos da crise política, Sólon concedeu anistia geral, estando perdoados de crimes políticos todos que tivessem cometido um. Nesse mesmo sentido, suavizou a legislação draconiana, buscando apaziguar os ânimos exaltados da cidade.

Ele limitou o direito de herança dos primogênitos, que anteriormente eram herdeiros universais. É importante salientar que, embora todos os filhos após Sólon recebessem herança, somente os filhos e nunca as filhas tinham esse direito. Se houvesse somente uma mulher como herdeira, ainda assim esta não receberia nada, um parente próximo seria o herdeiro.[100] Sólon introduziu também o testamento na legislação ateniense, sendo a mulher sempre impossibilitada de testar.

Para atingir objetiva e definitivamente o problema principal que gerava a revolta do povo, o legislador decretou a *seisachteia* que consistia na suspensão dos marcos de hipoteca, na devolução das terras aos antigos proprietários e, principalmente, na proibição da escravidão por dívidas em Atenas.

3.2.3. Política

Sólon pensava através da economia e não poderia ser diferente quando fez leis relativas ao comando do Estado ateniense. No comando efetivo, ficariam aqueles com mais riquezas e, abaixo deles, com menos poder e sucessivamente, os que tivessem menos dinheiro.

100 COULANGES, F. *Op. cit.*, p. 251s.

CAPÍTULO VI
ROMA E O DIREITO ROMANO

1. Introdução

A História de Roma é a história de todos nós... História que perpassa todo o ocidente e nos faz oriundos dos mesmos pais... Latinos, antes de tudo. Isso com todos os defeitos e qualidades que possam ser atribuídos à latinidade. Isso com todas as formas dos seres humanos, iguais a nós, que conquistaram o mundo inteiro de então...

O que há de mais interessante na História de Roma na atualidade é que ela é tão desconhecida quanto mal interpretada. Há muitos que pensam que os romanos eram apenas broncos violentos com ânsia de conquistas e há muitos que nem sequer sabem que em nossa "genética cultural" há tanta romanidade que nem podemos enumerar.

Somos romanos até quando falamos, nossa língua é filha do latim, somos romanos na nossa noção urbana, somos romanos em nossa literatura, somos romanos mesmo quando temos uma noção de patriotismo. Somos romanos política e administrativamente. Mas, principalmente, somos romanos quando falamos em Direito, quando fundamos nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito esse sistematizado pelos romanos antigos.

A História desse povo pode até passar despercebida para a maioria dos mortais, mesmo para nós, latinos. Mas é imperdoável que estudantes de Direito, advogados e até mesmo os autointitulados juristas da atualidade considerem Roma como mera curiosidade de erudição, ou simplesmente não a considerem. Tomando as palavras de Von Ihering:

> "A importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste só em ter sido, por um momento, a fonte ou origem do direito: esse valor foi só passageiro. Sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que causou em todo nosso pensamento

> jurídico, e em ter chegado a ser, como o Cristianismo, um elemento da Civilização Moderna."[101]

Em um sentido mais objetivo, a importância do estudo do Direito Romano faz-se óbvia quando comparamos o Direito Romano com nosso Direito Civil. Nada menos que oitenta por cento dos artigos de nosso Código foram confeccionados baseando-se direta ou indiretamente nas fontes jurídicas romanas.[102]

Ao iniciarmos este capítulo sobre Roma, é necessário salientar algumas características básicas desse povo. A primeira e mais visível é o fato de que, quando tratamos de Roma, tudo é superlativo, enorme. Roma conquistou toda a volta do Mediterrâneo e não sem razão chamava esse mar de *mare nostrum* (nosso mar). Roma conquistou a Europa praticamente toda – tendo como fronteira a parte norte da Grã-Bretanha e a Alemanha. Roma, a cidade, chegou a ter mais de um milhão de habitantes por volta do século I d.C.

A segunda característica é que os romanos tinham uma visão bastante altiva de si mesmos, consideravam-se destinados a serem *caput mundi*, a cabeça do mundo. Sua vaidade se traduzia em buscarem entrar para a história da cidade, tornarem-se eternos através da história.

2. História de Roma: Divisão Política

Iniciaremos o estudo do Direito Romano pelo aspecto da evolução política à medida que utilizaremos conceitos e nomes que somente poderão ser entendidos após uma ambientação preliminar. Esta somente se dá através de um estudo, ainda que superficial, das Instituições Políticas dos diferentes momentos da História de Roma.

A história da *urbs* se divide em Realeza (da fundação de Roma até 510 a.C.), República (de 510 a.C. até o ano de 27 a.C.) e Império (de 27 a.C. até a morte de Justiniano em 566 d.C.). Este último pode ainda ser subdividido entre Alto (de 27 a.C. até 284 d.C.) e Baixo Império (de 284

---

101 VON IEHRING *apud* GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma**. Ptrópolis: Vozes, 1968, p. 254.

102 LOBO, Abelardo S. da C. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Álvaro Pinto, 1931, p. 7 e ss.

d.C. até a morte de Justiniano); essa subdivisão baseia-se no absolutismo do imperador, que era menor no primeiro e incondicional no segundo.

2.1. A Realeza e suas Instituições Políticas

A fundação de Roma, com os míticos gêmeos Rômulo e Remo, é datada de 753 a.C. Nos séculos seguintes, Roma, como as outras Cidades-Estado da região, era governada por um rei.

A realeza em Roma era vitalícia, porém, eletiva e, principalmente, não hereditária. As assembleias, chamadas Comícios Curiatos, escolhiam o rei, cujo nome havia sido proposto pelo Senado e investiam-no no *Imperium* – poder total que abrangia os âmbitos civil, militar, religioso e judiciário.

Esse soberano era o juiz supremo, não havendo apelação contra suas sentenças.

Senatus vem da palavra *senis*, que quer dizer ancião. No final da realeza, o senado era composto por trezentos membros, que eram conselheiros do rei. Durante esse período, o Senado não tinha poder, aconselhava quando solicitado, mas o rei não era obrigado a seguir seus conselhos.

Já os Comícios Curiatos eram reuniões de todos os homens considerados como "povo", ou seja, os patrícios e os clientes, ficando de fora os plebeus e os escravos.

2.2. A República e Suas Instituições Políticas

Quando da fundação da República (*Res* + *Publicae* = coisa do povo), os romanos decidiram pulverizar o poder executivo para as mãos de muitos, com mandatos curtos, um ano, na maior parte dos casos, assim evitando que alguém pudesse ter um poder exacerbado nas mãos.

Somente o Senado permanecia vitalício, entretanto sua função primordial durante esse período foi a de cuidar de questões externas. Contudo, devido à temporariedade do mandato dos cargos executivos da política republicana frente à vitaliciedade do senado, acabava possuindo uma autoridade permanente, tornando-se o centro do Governo.

Estes que detinham o poder executivo em Roma Republicana eram chamados Magistrados e cada qual tinha sua função específi-

ca.[103] Eles eram divididos entre os Magistrados Ordinários e os Extraordinários. Os Ordinários – que mais nos interessam neste estudo – (Cônsules, Pretores, Edis, Questores) eram permanentes e eram eleitos anualmente. Os Extraordinários, como os censores, eram temporários e somente eram escolhidos quando havia necessidade.

Os candidatos à determinada magistratura tinham que obedecer a determinadas condições. Primeiramente, deveriam ser cidadãos plenos (*optimo iure*) e, dependendo do cargo almejado, já terem exercido outras atividades públicas do *cursus honorum*.

O *Cursus Honorum*, ou caminho de Honra, era uma escala de cargos que deviam ser alcançados sucessivamente, a saber: primeiro devia-se alcançar a questura e depois a edilidade, a pretura e o consulado.[104] No século I a.C., ficou estabelecida uma idade mínima para o desempenho de cada uma dessas magistraturas: 31 anos para a questura, 37 anos para a edilidade, 40 anos para a pretura e 43 anos para o consulado.

√ Cônsules

Eram sempre em número de dois. Com poderes equivalentes (princípio da colegialidade). Eles comandavam o exército, presidiam o senado e os Comícios, representavam a cidade em cerimônias religiosas e em questões administrativas eles eram os superintendentes dos funcionários.

Era costume os cônsules repartirem entre si os poderes, cada qual reservando para si uma esfera de ação ou exercendo as esferas alternadamente. No caso do comando na batalha, eles alternavam-se a cada dia na chefia suprema do exército e, se houvesse mais de um palco de operações, eles se distribuíam por acordo ou sorteio.

103 Note-se que a palavra 'magistrado' hoje em dia tem apenas a conotação de membro do judiciário, sendo que na maioria das vezes é utilizada, quase exclusivamente, para juízes. Esse termo é, em Roma, utilizado de forma muito mais abrangente e não exclusivamente para aqueles que cuidam da justiça, mesmo porque, faz-se necessário lembrar, a divisão do Estado em 3 poderes é moderna.

104 No início do século II a.C. o *cursus honorum* foi regulado e revisado por Sila e ficou com a sequência apresentada.

√ Pretores

São os magistrados mais importantes para nosso estudo porque sua atuação era relativa à Justiça.

Eram dois tipos: o Pretor Urbano, que cuidava de questões envolvendo apenas romanos na cidade, e o Pretor Peregrino, que cuidava de questões de justiça no campo e aquelas envolvendo estrangeiros.

É importante salientar que não há, hoje em dia, equivalência possível, quando se trata das funções do Pretor. Este cuidava da administração da Justiça, mas não era juiz. Tratava da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das partes e fixando os limites da disputa judicial. Feito isso, o Pretor remetia o caso a um Juiz particular para que este julgasse o caso.

A partir da Lei Aebutia (séc. II a.C.), que modificou o processo, os pretores tiveram aumentado mais ainda seus poderes discricionários, visto que, a partir de então, eles podiam fixar os limites da contenda e dar instruções ao juiz particular em como este deveria proceder.

√ Edis

Os edis tinham função de cuidar fisicamente da cidade, ou seja, cuidavam das provisões da cidade, velavam pela segurança pública e pelo tráfego urbano, vigiavam aumentos abusivos de preços e a exatidão dos pesos e medidas do mercado, cuidavam da conservação de edifícios e monumentos públicos, da pavimentação da cidade, organizavam e promoviam os famosos jogos públicos.

√ Questores

Durante a República, esses magistrados cuidavam, principalmente, das questões da fazenda. Custodiavam o tesouro público, cobravam os devedores e os denunciavam à justiça, seguiam generais e governadores como tesoureiros.

√ Censores

Embora não fizesse parte do *Cursus Honorum*, era um cargo cobiçado como um dos mais respeitados da República e, geralmente, só era ocupado por cidadãos respeitadíssimos e que já tivessem ocupado o cargo de Cônsul.

Eram eleitos de cinco em cinco anos, em número de dois, mas cada um só permanecia no cargo por, no máximo, dezoito meses.

Os censores eram responsáveis pelo Censo (recenseamento) que era realizado de cinco em cinco anos.

> "Por turno de tribos, os cidadãos se apresentavam, com seus bens móveis diante da repartição dos censores (*villa publica*), instalada no Campo de Marte, para fazerem a declaração (*fassio*) do estado civil, relações de serviço e riqueza, perante os censores, os notáveis das tribos e outras pessoas de confiança. As mulheres, os filhos e clientes eram representados pelo chefe da família. Comissários do censo eram enviados aos exércitos que se encontravam em campanha."[105]

Também e, principalmente, eles eram responsáveis pelo *Regimen Morum*, o policiamento dos costumes. Eles podiam devassar a vida de um indivíduo, e maus exemplos, luxos, filosofias não condizentes com o que era considerado romano, eram denunciados por eles nas Assembleias Públicas. Caso um acusado pelo censor tivesse sua culpa comprovada, poderia inclusive perder por algum tempo seus direitos políticos.

2.3. O Império e Suas Instituições Políticas

Durante o Império, a figura principal do governo romano era, obviamente, o Imperador. Esse nome *Imperator* significava que o *princeps* (primeiro homem de Roma) possuía o *imperium* em todos os aspectos: o civil, o militar e o judiciário.

Nesse período, as magistraturas republicanas subsistem, mas não têm mais a força e importância anterior. O Consulado, por exemplo, continua existindo até Justiniano, entretanto é um cargo apenas honorífico.

O Senado continua existindo, entretanto com cada dia atribuições mais limitadas. Por outro lado, teve sua competência ampliada nos terrenos legislativo, eleitoral e judicial, já que podia, conforme a

105 BLOCH *apud* GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma**. Petrópolis: Vozes, 1968, p. 93.

vontade dos senadores, conhecer qualquer delito, principalmente atentado contra o Estado ou a pessoa do Imperador.

2.4. As Mudanças em Roma Após as Conquistas

Como visto, dividimos tradicionalmente a História Romana em três partes, todas elas políticas. Vale a pena destacar, principalmente para um entendimento panorâmico mais eficaz da História desse povo, que há também uma outra forma de dividirmos o caminho dos romanos.

É preciso apenas que pensemos que Roma começou como uma pequena cidade do Lácio e tornou-se a capital do Mundo Conhecido. Era uma cidade de agricultores que se tornaram os donos do mundo.

A conclusão é clara, os romanos, antes das grandes conquistas, eram muito mais tradicionais que os romanos de depois destas; estes eram mais cosmopolitas, mais voltados para o mundo e abertos a mudanças.

3. O Direito Romano

3.1. Definição e Características

O Direito Romano é uma criação típica deste povo, o que eles criaram nos deu a possibilidade de hoje estarmos habitando países que se intitulam "Estados de Direito". Como um todo o Direito Romano é o conjunto de normas vigentes em Roma da Fundação (século VIII a.C.) até Justiniano no século VI d.C.

Para os romanos, a definição de Direito passava por seus mandamentos, que são: "viver honestamente, não lesar ninguém e dar a cada um o que é seu" (*iuris praecepta sunt haec: honete vivere, alterum non ladere, suum cuique tribuere*).[106]

Esse direito foi fruto de séculos de trabalho e bom senso, antes de tudo. O pragmatismo romano encontrou no Direito um centro inesgotável para desenvolver-se dentro dos parâmetros que eles mesmos consideravam como essenciais.

> "Um simples olhar a um manual de Direito Romano revela-nos seu espírito: proteção do indivíduo,

106 Digesto 1.1.10.

> autonomia da família, prestígio e poder do *pater familias*, valorização da palavra empenhada etc."[107]

3.2. Periodização do Direito Romano

Podemos identificar três períodos ou fases de evolução do Direito Romano. Essas fases são distintas entre si, e cada uma tem características próprias. Essa divisão, de certa forma didática, ajuda-nos a compreender panoramicamente o Direito Romano.

São estes os três períodos: o Período Arcaico (ou Pré-Clássico), o Período Clássico e o Período Pós-Clássico.

3.2.1. Período Arcaico

Esse período vai da Fundação de Roma, no século VIII a.C., até o século II a.C. Neste, o Direito caracteriza-se pelo formalismo, pela rigidez, pela ritualidade. Mesmo porque o Estado Romano somente depois de algum tempo tornou-se mais presente no dia-a-dia da cidade.

> "O Estado tinha funções limitadas a questões essenciais para sua sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente, a observância das regras religiosas."[108]

A família era o centro de tudo, mesmo do Direito. Os cidadãos romanos eram vistos como membros de uma unidade familiar antes mesmo do que como indivíduos. Mesmo a segurança dos cidadãos dependia muito mais do grupo a que pertenciam do que do Estado.[109]

O mais importante marco desse período é a Lei das XII Tábuas, feita em 451 e 450 a.C. como resposta a uma das revoltas da Plebe Romana.[110] Essa legislação foi uma codificação de regras costumeiras

---

107 GIORDANI. *Op. cit.*, p. 256

108 MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6.

109 *Ibidem,* p. 06.

110 A plebe romana lutou durante séculos por igualdade civil e política com os Patrícios e obteve vitórias importantes, como a Lei das XII Tábuas, a Lei Licínia Sextia – no século IV a.C. – que proibia escravidão por dívidas, o Tribunato da Plebe, entre outras.

e, mesmo entrando rapidamente em desuso, foi chamada durante toda a História de Roma como a fonte de todo direito (*fons omnis publici privatique iuris*).

> "Esse direito primitivo, intimamente ligado às regras religiosas, fixado e promulgado pela publicação das XII Tábuas, já representava um avanço na sua época, mas com o passar do tempo e pela mudança de condições tornou-se antiquado, superado e impeditivo de ulterior progresso. [...] Mesmo assim, o tradicionalismo dos romanos fez com que esse direito arcaico nunca fosse considerado como revogado: o próprio Justiniano, 10 séculos depois, fala dele com respeito."[111]

3.2.2. Período Clássico

Esse período, do século II a.C. até o século III d.C., foi o auge do Direito Romano e, mais especificamente, foi o auge do desenvolvimento do Direito Romano. O Poder do Estado foi centralizado e dois personagens – pretores e jurisconsultos –, adquirindo maior poder de modificar as regras existentes, puderam revolucionar constantemente o Direito. Jurisconsultos e Pretores e suas atividades serão vistas mais profundamente quando tratarmos das Fontes do Direito Romano.

3.2.3. Período Pós-Clássico

Nesse período, do século III até o século VI d.C., o Direito Romano não teve grandes inovações, vivia-se do legado da fase áurea; entretanto, para acompanhar as novas situações, o Direito vulgarizou-se e sentiu-se a necessidade de fixar-se definitivamente as regras por meio de uma codificação que, a princípio, era muito mal vista pelos romanos.[112]

Houve algumas tentativas, nesse período de codificação do Direito vigente, porém estas eram feitas de forma restrita. Como exemplos, podemos indicar o *Codex Gregorianus*, o *Codex Hermogenianus*, o *Codex*

111 MARKY, T. *Op. cit.,* p. 06.

112 Depois da Lei das XII Tábuas, do século V a.C. nenhuma codificação foi empreendida pelos romanos por não considerarem uma codificação necessária.

Theodosianus. Somente após a queda do Império no Ocidente, Justiniano, Imperador do Oriente, conseguiu empreender tal feito.

A Codificação Justinianeia, chamada de *Corpus Iuris Civilis*, é considerada conclusiva, mesmo porque praticamente todos os códigos modernos trazem a marca dessa obra.[113] O *Corpus Iuris Civilis* é composto por quatro obras: o *Codex*, o *Digesto* (chamado também de Pandectas), as *Institutas* e as *Novelas*.

O *Codex* foi completado em 529 e reúne a coleção completa das Constituições Imperiais (veremos seu significado a seguir), o *Digesto* (de 530) é a seleção das obras dos Jurisconsultos, as *Institutas* são um manual de Direito para estudantes e as *Novelas* são a publicação das leis do próprio Justiniano.[114]

3.3. Fontes do Direito Romano

O Direito Romano, até por sua extensão no que diz respeito ao tempo que existiu e foi trabalhado, tem muitas fontes. Algumas são gerais, independentes de época, outras são mais específicas a um período da História de Roma.

3.3.1. Costume

A forma mais espontânea e mais antiga de constituição do direito é o Costume. Os romanos chamavam-no de *consuetudo* e, mais frequentemente, de *mores*. Este não pode ser entendido apenas como fonte específica do Direito, mas, entre os romanos, pode ser visto, também, como adjetivos obrigatórios ao bom romano.

Nesse sentido, muitos pontos do *Mos Maiorum* podem ser vistos na História do Direito Romano até mesmo como itens de degradação ou exaltação de um indivíduo em julgamento.

> "Os Romanos tinham como suporte fundamental e modelo do seu viver comum a tradição, no

---

113 *Corpus Iuris Civilis* foi o nome dado à codificação de Justiniano, por Dionísio Godofredo no fim do século XVI d.C.

114 No que diz respeito ao *Digesto*, os codificadores tiveram autorização para alterar os textos escolhidos com o fim de harmonizá-los com os novos princípios. Essas alterações tiveram o nome de *Emblemata Trinoniani* (Triboniano era o nome do jurista que fez a seleção para o *Digesto*) e hoje são chamadas de Interpolações.

> sentido de observância dos costumes dos antepassados, *mos maiorum*."[115]

A título de exemplo, podemos citar a *Fides*, muito usada no Direito e que tem como sentido o cumprimento de um juramento que compromete ambas as partes na observância de um pacto. A *fides*, qualidade imprescindível do bom romano, existe no Direito, no mínimo, desde a Lei das XII Tábuas.

A *Pietas* era o item do *Mores Maiorum* que justificava o poder do *Pater famílias*, visto que ela se define como um sentimento de obrigação para com aqueles a quem o homem está ligado, seja pelo sangue, pela política, seja através do dever para com os deuses, a pátria e a família.[116]

Gravitas era uma das qualidades mais utilizadas para a defesa de um indivíduo no tribunal. Era usada no sentido de indicar que um homem era sério, compenetrado. Foi nesse sentido que Cícero utilizou o termo para defender Plâncio e, posteriormente, para defender um cidadão chamado Murena, acusado por Catão, o Censor, de ser "dançarino" e, portanto, ofender os bons costumes.[117]

Outras qualidades que podemos apontar são a Dignitas – que é relacionada com dignidade e com o exercício de cargos públicos, a *Honor* –, reconhecimento público de mérito, e a *Gloria* – usada na Defesa de Sestio, como só sendo possível a homens de bem porque somente estes podem alcançar tal reconhecimento.

3.3.2. Leis e Plebiscitos

Para o Direito Romano, a palavra *Lex* tem significado mais amplo do que se tem modernamente. Para eles, a *lex* indica uma deliberação de vontade com efeitos obrigatórios. Dessa forma, fala-se para uma cláusula de um contrato em *Leges Privatae* (leis privadas); para referir-se ao estatuto de uma cidade os romanos falavam em *Lex Colegii*; e, para deliberações dos órgãos do Estado (com o mesmo sentido moderno), os romanos aplicavam o termo *Lex Publica*.[118]

---

115 PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. Lisboa: Calouste Gulbekian, [19 – -], p. 345.

116 *Ibidem*, p. 329 e ss.

117 *Ibidem*, p. 342-343.

118 *Leges* é plural de *lex*.

No período republicano há duas espécies de leis dependendo de onde se origina: a *Lex Rogata* e a *Lex Data*. A *Lex Data* era a lei proveniente do senado ou de algum magistrado.

As *Leges Rogatae* eram as leis votadas pelos cidadãos romanos (*populus romanus*) reunidos em Comícios e eram propostas pelos magistrados e somente entravam em vigor após a ratificação pelo Senado.

Caso essa aprovação fosse feita somente pelos Plebeus (parte da sociedade romana) nos Plebiscitos, eram válidas, a princípio, somente para os próprios plebeus, porém, após a lei *Hortênsia* de 286 a.C., as decisões do Plebiscito tinham força de lei para a sociedade como um todo.

3.3.3. Edito dos Magistrados

Conforme visto no subcapítulo referente às Instituições Políticas, havia um cargo na República que era responsável diretamente pela Justiça: os Pretores. Estes, ao iniciar seu mandato, publicavam os *Edicta* para tornar pública a maneira pela qual administrariam a justiça durante seu ano.[119]

> "Da etimologia da palavra (*e – dicere*) se deve deduzir que, em sua origem, tais comunicações eram orais: mas o edito era transcrito a tinta em tábuas pintadas de branco (donde o nome de *album*) com letras pretas e cabeçalhos vermelhos (*rubricae*) e afixado no *forum*, onde pudesse facilmente (de *plano*) ser lido."[120]

Com os Editos, os Pretores acabavam criando novas normas e estas acabavam por estratificar-se, visto que os Pretores que entravam utilizavam-se largamente das experiências bem-sucedidas dos Editos dos Pretores anteriores. Esses Editos eram chamados *Edictum Tralacium* e eram diferenciados dos Editos que continham inovações propostas pelo Pretor, chamados *Edictum Repentinum*.

---

119 A *Lex Cornelia* de 67 a.C. estabeleceu que os Pretores não podiam afastar-se de seus editos durante o mandato.

120 CORREIA, A. SCIACIA, G. **Manual de direito romano**. Rio de Janeiro: Livros Cadernos, [19 – -], p. 25.

> "O resultado dessas experiências foi um corpo estratificado de regras, aceitas e copiadas pelos pretores que se sucediam, e que, finalmente, por volta de 130 a.C., foram codificadas pelo Jurista Sálvio Juliano, por ordem do Imperador Adriano."[121]

Esse direito pretoriano, chamado *Ius Honorarium*, nunca foi equiparado ao *Ius Civile*, mesmo porque a regra pela qual o pretor não podia criar direito, embora não usada na prática, sempre esteve em vigor (*praetor ius facere non potest*). Dessa forma um interessante contra-senso esteve sempre presente no Direito Romano – principalmente no período clássico: o *Ius Honorarium* sempre foi considerado diferente e, até mesmo, inferior ao *Ius Civile*, mesmo quando, na prática, o substituiu.[122]

3.3.4. Jurisconsultos

No princípio da História romana, somente os sacerdotes conheciam as normas jurídicas e somente eles as interpretavam. A partir do fim do século IV a.C., esse monopólio sacerdotal passou a não mais existir e peritos leigos apareceram; eram os Jurisconsultos.

Os Jurisconsultos, principalmente no período clássico do Direito Romano, foram personagens da mais profunda importância para o desenvolvimento do Direito. Sua principal característica e qualidade era o estudo profundo e sistemático e, consequentemente, o respeito advindo dessa sabedoria.

> "Eles eram considerados como pertencentes a uma aristocracia intelectual, distinção essa devida aos seus dotes de inteligência e aos seus conhecimentos técnicos."[123]

A atividade desses homens, também chamados *Prudentes*, consistia em indicar as formas dos atos processuais aos magistrados e às partes (eles não atuavam em juízo); essa indicação tinha o nome de

121 MARKY, T. *Op. cit.*, p. 7.

122 *Ius honorárium díctur, quod ab honoré praetoris vénerat*. "Chama-se direito honorário porque emana ele da magistratura (= honor) do pretor" (Pompônio, Dig. 1,2,2,10).

123 MARKY, T. *Op. cit.*, p. 8.

agere. Eles também auxiliavam na elaboração e escrita de instrumentos jurídicos, que, em vista do formalismo exigido, necessitava de particular competência, isso era chamado *cavere*. Era ainda da parte do Jurisconsulto a obrigação do *respondere*, que consistia em emitir pareceres jurídicos sobre questões a pedido de particulares e magistrados.

Até pelo menos o fim da República, a atividade dos Jurisconsultos não era utilizada como fonte do direito, tinha apenas valor para o caso específico apresentado a ele. Entretanto, a partir do século I a.C., com Augusto, seus pareceres passaram a ter força de lei, mesmo porque os Jurisconsultos passaram a responder *ex autoritate principis*, ou seja, com a mesma autoridade do Príncipe.

A jurisprudência passou então, como fonte do direito, a ser um dos elementos mais importantes para o desenvolvimento profundo pelo qual o Direito Romano passou. Nas palavras de um grande Jurisconsulto romano:

> "*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniústi scientia*." – "Jurisprudência é o conhecimento das instituições divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto."[124]

É interessante salientar que, apesar da força desses homens, este não era um meio objetivo de enriquecimento, pois a atividade de Jurisconsulto era exercida gratuitamente, em nome da fama, da vaidade e do destaque social. Para alguns juristas era mesmo até uma forma de arte. O Jurisconsulto Celso definiu o ser Jurista: "*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*" – Ser jurisconsulto não é conhecer as palavras da lei, mas seu espírito e poder.[125]

3.3.5. Senatus-Consultos

Senatus-consultos eram deliberações do senado mediante proposta dos magistrados; estas somente passam a ser fonte de lei após o Principado (século I a.C.), portanto, somente após esse período, os senatus-consultos podem ser considerados fonte do direito.

124 Ulpiano, Dig. 1,1,10,2.
125 Celso, Dig. 1,3,7.

No período anterior, isto é, durante a República, o Senado não legislava, entretanto indiretamente influenciava o Direito, à medida que aconselhava os magistrados para que seguissem determinadas prescrições na administração da justiça.

Quando, no Império, os Imperadores passaram a centralizar mais fortemente o poder, os senatus-consultos passaram a ser somente um formalismo que era desejado pelo Imperador, quando este queria fazer valer uma decisão que era impopular, para, dessa forma, livrar-se do ônus político.

3.3.6. Constituições Imperiais

A partir do segundo século depois de Cristo – depois do Imperador Adriano – as decisões dos Imperadores passaram a ser fontes do Direito. Paulatinamente, durante o Império, conforme o poder centralizava-se cada vez mais, o Imperador passou a substituir as outras fontes do Direito, para culminar como a única fonte.

As providências legislativas do Imperador eram chamadas *constitutiones* (ou *placita*) e podiam ser na forma de: *edicta*, *mandata*, d*ecreta* ou *rescripta*.

- √ *Edicta*: deliberações de ordem geral. Caso não sejam revogadas pelos seus sucessores, a *edicta* tem duração indefinida.
- √ *Mandata*: instruções dadas pelo imperador aos funcionários imperiais e aos governadores de província, na qualidade de chefe supremo. Seu caráter é, portanto, administrativo, exercendo algumas vezes influência sobre o direito privado.
- √ *Decreta*: são decisões do Imperador proferidas em um processo no exercício do supremo poder jurisdicional que este possuía (*jurisdictio*). O *Princeps* decidia em primeira instância ou em grau de apelação. Os decretos eram aplicados e estendidos pelos juristas a casos semelhantes.[126]
- √ *Rescripta*: são respostas solicitadas ao Imperador a respeito de casos jurídicos a ele submetidos pelos magistrados ou por particulares.

---

126 Os juristas imperiais consideravam legislativa a própria vontade do Imperador: "*Quod príncipi plácuit, legis habet vigorem*" – O que agrada ao príncipe tem força de lei – (Ulpiano, Dig. 1,2,1, pref.). O título *Princeps* significava primeiro homem de Roma.

3.4. Divisão do Direito Romano

Os romanos consideravam várias divisões de seu direito; para tanto, baseavam-se na História, na origem da norma, na aplicação ou no sujeito a quem era destinada a norma. A principal diferença entre os Direitos (*ius*) era entre o *Ius Cilvile* e o *Ius Gentium*.

- √ *Ius Civile*: também conhecido como *ius quiritium,* é o direito próprio do cidadão romano e exclusivo deste.
- √ *Ius Gentium*: é o direito universal, aplicável a todos os homens livres, inclusive os estrangeiros. Para o Jurista Gaio e para Ulpiano era um direito baseado na razão natural (*naturalis ratio*).[127] *Ius Gentium est, quo gentes humanae untuntur* (Direito das gentes é o que a razão natural estabeleceu entre os homens).[128]

3.4.1. Divisão Baseada na Origem

Baseando-se na fonte do Direito, os romanos diferenciavam o *Ius Civile*, o *Ius Honorarium* e o *Ius Extraordinarium*.

- √ *Ius Civile*: era o Direito tradicional que provinha do costume, das leis, dos plebiscitos e, na época imperial, dos *senatus consultos* e das Constituições Imperiais.
- √ *Ius Honorarium*: era o Direito elaborado e introduzido pelos pretores.
- √ *Ius Extraordinarium*: era derivado da atividade jurisdicional do Imperador na época do Império. O Imperador e seus funcionários, tomando conhecimento das controvérsias (*cognitio*) de forma diferente da ordem natural dos juízos (*extra ordinem*), originaram todo um conjunto de normas.[129]

---

127 Era considerado como tendo sido constituído pelo *Ius Naturale* (Direito Natural). Este seria natural e não uma criação arbitrária do homem. "Considera-se *naturalis* o que decorre das qualidades físicas dos homens ou das coisas, como também o que corresponde a uma ordem normal de interesses humanos e, por isso mesmo, não exige justificações" (CORREIA, Alexandre; SCIACIA, Gaetano. *Op. cit.*, p. 19).

128 Ulpiano, Digesto, 1,1,1,4.

129 CORREIA, Alexandre; SCIACIA, Gaetano. *Op. cit.*, p. 18.

3.4.2. Divisão Baseada na Aplicabilidade

Essa distinção se faz baseada em de que forma as regras podem ou não ser aplicadas. Distingue-se, então, entre *Ius Cogens* e *Ius Dispositivum*.

- √ *Ius Cogens*: é a regra absoluta. Sua aplicação não depende da vontade das partes interessadas. É o caso do Direito Público: "*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*" (o direito público não pode ser alterado por acordo entre particulares).[130]
- √ *Ius Dispositivum*: esse Direito admitia a expressão da vontade dos particulares, as regras podiam ser modificadas ou postas de lado de acordo com o desejo das partes.

3.4.3. Divisão Baseada no Sujeito

Dependendo da regra, se esta era aplicável a todos ou somente a alguns, os romanos distinguiam o *Ius Commune* do *Ius Singulare*.

- √ *Ius Commune*: é o conjunto de regras que regem de modo geral uma série de casos normais. É a regra que se opõe à exceção.
- √ *Ius Singulare*: são as regras que valem somente para uma categoria de pessoas, grupos ou situações específicas. É importante salientar que o *Ius Singulare* não é uma determinação particular, válida somente a uma pessoa. Essa situação era chamada no Direito Romano de *Privilegium* e não tinha o peso do *Ius Singulare*.

3.5. Capacidade Jurídica de Gozo

Capacidade jurídica de gozo – chamada também de capacidade de direito – é a aptidão do indivíduo para ser sujeito de direitos e obrigações. Hoje em dia, na maioria dos países do mundo, todos têm capacidade de direito, mas em Roma não era da mesma forma.

Havia uma série de precondições para que o homem tivesse capacidade jurídica de gozo. Para ter completa capacidade de direito, era necessário que a pessoa fosse livre (*status libertatis*), tivesse

130 Digesto 2.14.38.

cidadania romana (*status civitatis*) e fosse independente do pátrio poder de alguém (*status familiae*).

3.5.1. *Status Libertatis*

Para ter capacidade Jurídica o indivíduo tinha que ser livre. Escravos não tinham direitos, nem privados, nem públicos, eram apenas objeto de relações jurídicas.

O indivíduo podia ou nascer escravo ou tornar-se escravo. Nesse último caso, a pessoa tornava-se escrava por aprisionamento em guerra, por disposições penais ou, até a Lei Licínia Sextia (século IV a.C.), poderia tornar-se escrava pelo não-pagamento de uma dívida.

Pelo *Ius Civile* antigo, eram muitos os crimes pelos quais o indivíduo poderia pagar com a escravidão, como, por exemplo, se o cidadão não aceitasse o recrutamento ou fugisse da obrigação do censo.

Nascia escravo o filho de escrava; a situação do pai não era levada em conta. Segundo o Direito clássico, nascia escravo o filho cuja mãe fosse escrava na ocasião do parto, mas, na época pós-clássica, partindo do princípio de que o nascituro era considerado nascido, o filho nasceria livre caso a mãe houvesse sido livre em qualquer momento da gestação.

Escravos eram coisas (*res*) e, como tal, não possuíam personalidade, estando sujeitos ao poder de seu senhor (*dominica potestas*); esse poder, em sentido jurídico, tinha caráter absoluto.

> "Podemos comparar a *dominica potestas* ao direito de propriedade em seu tríplice aspecto de *ius fruendi* (direito de perceber os frutos e os produtos da coisa – o filho da mulher escrava era um produto), de *ius utendi* (direito de utilizar-se da coisa) e de *ius abutendi* (direito de dispor ou não dispor, de alienar etc.)."[131]

O escravo não podia contrair matrimônio legítimo e todos os bens adquiridos por ele pertenciam, a princípio, ao senhor ("*quodcumque per servum adquiritur id domino adquiritur*" – tudo o que adquiriu pelo escravo é do dono).[132] Entretanto, era costume entre os romanos, prin-

---

131 GIORDANI, M. C. **História de Roma**... *Op. cit.*, p. 197.

132 Gaio, Inst. 1, 52.

cipalmente para escravos urbanos, permitir ao escravo ter um *peculium*, ou seja, ter a posse de alguns bens pelos quais poderiam desenvolver algum comércio ou serviço.[133]

Da mesma forma que uma pessoa poderia tornar-se escrava, ela também poderia deixar de sê-lo através da manumissão (*manumissio* ou *datio libertatis*). Esta era bastante comum em Roma, não só porque com a possibilidade da liberdade o escravo produzia mais, mas também porque a vaidade romana gostava muito de cortejos fúnebres, acompanhados pelos escravos manumitidos pelo defunto.

A princípio, eram apenas três as fórmulas jurídicas de libertação de um escravo: o *censu* (o escravo era inscrito, com a permissão do dono, no registro censitário do censor), a *vindicta* (processo judicial no qual se discutia a liberdade do escravo), *testamento* (o escravo era libertado em testamento, essa forma já era reconhecida na Lei das XII Tábuas).

O pretor reconhecia outras formas de libertação: a feita perante testemunhas (*manumissio inter amicos*), fazendo-se sentar o escravo à mesa (*per mesa*), por escrito (*per epistulam*) ou mesmo somente colocando o chapéu na cabeça do escravo (*per pileum*).

O escravo libertado, chamado liberto, não tinha os mesmos direitos das pessoas que nunca estiveram na condição de escravos (estes eram chamados de ingênuos), seus direitos políticos eram limitados e, no campo do direito privado, o liberto encontrava-se na dependência do ex-dono.

> "*Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt.* – São ingênuos os que nasceram livres, libertos os que foram submetidos a uma escravidão legal e, depois, alforriados."[134]

3.5.2. *Status Civitatis*

A cidadania romana era condição imprescindível para a capacidade jurídica plena. Os não-cidadãos (nascer em Roma não era garantia de cidadania) e os estrangeiros podiam ter propriedade, fazer testamento, por exemplo, mas pelas regras de sua cidade de origem.

133 Era o caso de alguns escravos instruídos que eram professores.

134 Gaio, Inst. 1, 4 e 5.

Somente os inimigos vencidos (*peregrini dediticii*) cujo direito e independência não tivessem sido reconhecidos pelos romanos estariam privados do uso de seu direito de origem.

Era cidadão aquele que nascia de casamento válido pelo *ius civile*, ou se a mãe fosse de família cidadã. Podiam tornar-se cidadãos os indivíduos ou povos que recebessem a cidadania por lei ou por vontade do imperador.

A cidadania podia ser perdida através da *Capitis Deminutio,* que era a diminuição ou perda dos direitos de cidadão. "*Civili ratione capitis deminutio morti coaequatur*" – no Direto Civil, a perda da cidadania se equipara à morte.[135]

3.5.3. *Status Familiae*

Atualmente, a situação do sujeito perante a família não tem grande valor no que diz respeito à sua capacidade de direito; em Roma, era de suma importância essa posição, pois o *status familiae* determinava a capacidade.

> "Este princípio característico leva-nos ao tempo em que as relações jurídicas intercorriam, não entre indivíduos, mas entre grupos familiares (*gentes*) e portanto se referiam inteiramente ao chefe de cada família."[136]

Para uma completa capacidade jurídica de gozo era preciso que o indivíduo fosse independente do pátrio poder (*patria potestas*). Dentro da organização familiar romana, eram distintos dois tipos de pessoas: os *sui iuris* – totalmente independentes, sem um paterfamilias – e os *alieni iuris* – pessoas sujeitas ao poder de um *pater familias.*

A independência do pátrio poder não tinha, necessariamente, relação com idade ou com o fato de se ter paternidade. Um recém-nascido, por exemplo, se não tivesse ascendente masculino, era independente do pátrio poder. Em outro extremo, um ancião, com o pai ainda vivo e que nunca tivesse sido emancipado, era *alien iuris*.

135 Gaio, Inst. 3, 153.

136 CORREIA, Alexandre; SCIACIA, Gaetano. *Op. cit.*, p. 45.

Os *alien iuris* não eram totalmente incapazes juridicamente. No que diz respeito aos direitos públicos, tinham plena capacidade, podiam votar e ser votados para as magistraturas (*ius sufragii* e *ius honorum*), podiam participar do exército. No tocante aos direitos privados, podiam casar-se (*ius conubii*), desde que obtivessem o consentimento de seu *pater familias.*

No campo patrimonial, tudo o que o *alien iuris* adquiria o fazia para o *pater familias,* ao contrário das obrigações assumidas pelo *alien iuris*, pelas quais o *pater familias* somente respondia em casos excepcionais.

O indivíduo podia sair da condição de *alien iuris*, caso perdesse seu ascendente masculino direto por morte ou fosse emancipado. Poderia também, sendo *sui iuris*, tornar-se *alien iuris* por adoção.

3.5.4. Causas Restritivas da Capacidade Jurídica de Gozo

Como visto anteriormente, a capacidade de direito não era uma garantia vitalícia. Poderia ser perdida ou obtida. A perda poderia ser *capitis deminutio maxima*, no caso de perda total da cidadania e, portanto, de todos os direitos, quando um indivíduo tornava-se escravo, por exemplo; poderia ser também *captio deminutio media*, quando o sujeito era desterrado e tornava-se um *peregrinus*, um sem-pátria; e, por fim, poderia ser *captio deminutio minima*, no caso de a pessoa mudar seu *status* familiar por emancipação, ad-rogação ou adoção.

Todos os casos considerados nos pontos acima são exclusivos do sexo masculino, visto que à mulher não era permitida plena capacidade. Elas não tinham direitos públicos e sofriam restrições no âmbito do direito privado também. Como veremos mais adiante, elas não tinham direito ao pátrio poder, nem à tutela e, tampouco, podiam participar de atos solenes na qualidade de testemunhas.

A capacidade jurídica poderia ser restrita também por penalidades impostas em consequência de atos ilícitos ou por questões religiosas que causavam impedimentos nos campos matrimoniais, testamentários e hereditariedade.

3.6. Direito de Família

O sentido de família em Roma deve ser visto na sua multiplicidade no tempo e no ensejo em que a palavra é utilizada. Em Direito Romano,

a palavra família pode ser aplicada tanto às coisas quanto às pessoas.[137]

Aplicada às coisas, tem o sentido de indicar o conjunto de um patrimônio, como, por exemplo, na expressão *dimidium familiae*, que significa "metade do patrimônio", ou na expressão *família rústica*, que indica os escravos rurais. Aplicada somente às pessoas ou à soma de pessoas e coisas, família significa, para os romanos, todos e tudo sob o poder do *pater familias*.

A família, relativamente a pessoas, pressupõe parentesco e este, em Roma, poderia ter dois sentidos, um estritamente jurídico, chamado *agnatio*, outro basicamente biológico (ascendência comum), a *cognatio*. O parentesco jurídico englobava todos sob o poder de um mesmo *pater familias*, portanto este só era transmitido pela linha paterna, pois somente homens poderiam ser *pater familias*. Por isso, a *agnatio* era chamada também de *cognatio virilis*.

Durante a evolução do Direito Romano, esses dois sentidos de parentesco foram colocados, muitas vezes, em contraposição, o que gerou juridicamente a prevalência cada vez mais acentuada do princípio do parentesco consanguíneo em detrimento da *agnação*.

3.6.1. O Pátrio Poder

A História do Direito Romano muito tem a ver com o Pátrio Poder (*patria potestas*) exclusivo do *pater familias*. Como uma balança, quanto maior era o poder do *pater familias*, menor era o poder do Estado e, conforme o tempo passou, essa balança tendeu a dar a vitória ao Estado em detrimento do *pater familias.*

Durante praticamente toda a História do Direito Romano, o poder do *pater familias* era absoluto, de vida e morte sobre todos sob sua chefia. Seus filhos recém-nascidos podiam, por sua vontade, ser deixados para morrer, ou, em qualquer idade, ser vendidos.

O poder do *pater familias* englobava vários poderes: a *patria potestas* – sobre os filhos, a *manus* – sobre a esposa, a *dominica potestas* – sobre os escravos e o *mancipium* – sobre pessoas livres *alien iuris* que passaram de um *pater familias* a outro pela venda, por exemplo.

O pátrio poder implicava, em termos patrimoniais, o direito amplo do *pater familias*. Como as pessoas sujeitas ao poder dele não tinham

137 Etimologicamente a palavra 'família' tem origem em *famulus*, que é relativo a escravo.

plena capacidade jurídica de gozo, toda e qualquer coisa adquirida o era para o *pater familias*. Por outro lado, se o *alien iuris* cometesse algum delito, o *pater familias* poderia ressarcir o dano ou entregar o filho para ser penalizado.

A principal fonte do pátrio poder era o nascimento do filho em casamento legítimo. "*In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus*" – Sob o nosso poder estão nossos filhos, procriados em um matrimônio legítimo.[138] A filiação legítima era presumida, se o parto acontecesse, no mínimo, cento e oitenta dias da data em que o matrimônio fosse contraído ou, no máximo, trezentos dias após a sua dissolução.

Entretanto, o reconhecimento da criança nascida em casamentos juridicamente reconhecidos dependia do pai, embora, sem esse reconhecimento paterno, a paternidade pudesse ser definida juridicamente através de uma ação especial. Os filhos fora do casamento e não-reconhecidos não estavam sob o pátrio poder.

Outra forma de aquisição do pátrio poder era a adoção que comentaremos especificamente adiante.

O pátrio poder poderia ser extinto pela morte do *pater familias*, a morte *alien iuris*, a perda de cidadania ou liberdade do *pater familias* (o que era equiparado à morte), a adoção por outro do *alien iuris*, a emancipação do filho *alien iuris* ou o casamento *cum manu* da filha.

3.6.2. O Casamento

O casamento, em uma sociedade que se baseia tão fortemente – mesmo em sentido jurídico – na família é da mais profunda importância. Por isso, nas Novelas de Justiniano lemos: *"nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium"* – Nada é tão venerável nas instituições humanas como o matrimônio.[139]

Iustae Nuptiae ou *Iustum Matrimonium* eram termos usados para definir o casamento legítimo, juridicamente reconhecido pelo *ius civile*. Para que o casamento fosse legítimo, era necessário o conúbio, que pela definição de Ulpiano:

> "*Conubium est uxoris iure ducendade facultas. Conubium habent cives romani cum civibus*

138 Instituta, 1, 9, pr.

139 Novellae, 140, *in praefatione.*

> *romanis: cum latinis autem aut pregrini ita, si concessim sit. Cum servis nullum est conubium"* – Conúbio é a faculdade de casar-se legalmente. Os cidadãos romanos têm conúbio com os cidadãos romanos, com os latinos e os estrangeiros, quando lhes foi permitido. Não há conúbio entre escravos.[140]

Os romanos distinguiam duas espécies de casamento: o casamento *cum manu* e o casamento *sine manu*. No casamento *cum manu*, a mulher saía da dependência do seu próprio *pater familias* para entrar na dependência do marido e do *pater familias* da família do marido. Para que essa transferência ocorresse, era suposto um ato chamado *conventio in manu* ou aquisição da *manus*, do poder do marido sobre a mulher.

Havia três formas de a *manus* ser estabelecida: com a *confarreatio* (formalidade de cunho religioso muito utilizada na antiguidade da História romana), a *coemptio* (venda formal da noiva ao noivo pelo *pater familias* desta) e o *usus* (era baseado no princípio de poder absoluto por posse prolongada e se dava quando o casal convivia maritalmente por mais de um ano. O poder da *manus*, entretanto, podia ser evitado se a mulher se ausentasse de casa por três noites seguidas durante o curso do ano).

O casamento *sine manu* foi o que prevaleceu na Roma após as conquistas territoriais. Ele não oferecia a possibilidade de sujeição da mulher ao marido e esta podia continuar sob o poder de seu próprio *pater familias*, conservando, portanto, os direitos sucessórios de sua família de origem, mas era mais condizente com o que se pensava acerca do que era o matrimônio. O Historiador Pierre Grimal nos dá uma explicação para tal ocorrência:

> "A criação de um casamento sem *manus*, tão importante na evolução dos costumes romanos, é atribuída pela tradição aos decênvirus que em meados do século V a.C. redigiram as leis das XII Tábuas; talvez seja até mais antiga, tendo os decênvirus se limitado a incluir em seu código um estado de fato. Muito provavelmente esse regime

140 Ulpiano, Régulaae, 5, 3-5 d.

> foi estabelecido para responder a situações práticas que dificultavam a manutenção da autoridade marital em todo o seu rigor. Ao que parece a autorização para realizar casamentos legítimos entre patrícios e plebeus, oficialmente concedida pela *Lex Canuleia* em 445 a.C., tem relação com o abrandamento do velho matrimônio patriarcal. É de imaginar que o pai de uma jovem patrícia se recusasse a transmitir sua autoridade ao marido plebeu que ela pudesse ser levada a esposar, e que não era seu igual, pelo menos aos olhos dos deuses."[141]

Para os romanos o matrimônio era, antes de tudo, um ato consensual de contínua convivência. Era um fato (*res facti*) e não uma *res iuri* (um estado de direito). Nesse sentido os juristas romanos afirmavam:

> "*Coitus matrimonium non facit, sed maritalis affectio.*" – Não é a cópula em si, mas o afeto marital que constitui o matrimônio.[142]

> "*Matrimonium inter invitos non contrahitur*." – Não se contrai matrimônio entre quem não deu consenso.[143]

Essa noção de consentimento, no início da história romana e, posteriormente, para o que diz respeito ao primeiro casamento da moça, era bastante limitado para ela. Conforme a Digesta de Justiniano indica:

> "A moça que não se opõe explicitamente à vontade do pai é considerada concorde. Só se permite que uma jovem tenha opinião diferente daquela que de seu pai quando este escolhe para seu noivo um homem indigno ou portador de alguma tara."[144]

---

141 GRIMAL, P. **O amor em Roma**. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 74 e ss.

142 Ulpiano, Dig. 24,1,32,13.

143 Celso, Dig. 23, 2, 22.

144 Digesto *apud* GRIMAL, P. *Op. cit.*, p. 91.

A questão que vale a pena levantar é como uma menina poderia obter informações sobre seu noivo ou como teria forças para desafiar o pai, mesmo seu noivo sendo um contumaz apreciador de contatos moralmente discutíveis?

O casamento era permitido para rapazes a partir dos quatorze anos e para moças a partir dos doze, mas o noivado poderia ocorrer antes dessa idade e não raramente, no caso das meninas, havia a consumação pela coabitação com o noivo, mesmo antes do casamento.

> "Para designar a jovem que em função da idade não podia ser considerada legalmente casada mas fisicamente já era esposa, os juristas usam perífrases como *in domum deducta*, 'aquela que foi conduzida à casa', ou *loco nuptae*, 'aquela que tem posição e função de esposa."[145]

A justificativa para tal ação, que nós hoje consideraríamos pedofilia e condenaríamos com veemência, não é menos nobre que o ato. Plutarco, escrevendo sobre a vida de Numa, afirma que seu herói é louvável por ter autorizado os romanos a esposarem meninas de doze anos ou até menos, porque, assim, ele afirma: a "noiva traz a maior pureza possível no corpo e no caráter" e, dessa maneira, as mulheres ficariam moldadas aos seus esposos.[146]

Havia uma série de impedimentos para o casamento entre as quais podemos listar: a loucura, a consanguinidade (em linha reta sem restrições e na linha colateral até o terceiro grau), o parentesco adotivo, a diferença de "camadas sociais" (libertos e ingênuos ou qualquer um com uma mulher "infame", por exemplo), condição de soldado em campanha, ser tutor e pupila, o fato de já ser casado(a).

O último impedimento apontado impõe juridicamente a monogamia para o casamento romano, mas, de fato, essa monogamia era relativa, visto que não era rara a presença de concubinas dentro de casa, e o adultério era somente mal visto e criminoso para a esposa. Nas palavras do Censor Catão:

> "Se surpreendesses sua mulher em adultério, poderias matá-la sem julgamento e impunemen-

145 GRIMAL, P. *Op. cit.*, p. 95.
146 *Ibidem, passim.*

> te; mas se cometesses adultério [...] ela não ousaria tocar-te nem com a ponta do dedo, e aliás não teria tal direito."[147]

3.6.3. O Divórcio

O casamento na História de Roma jamais foi indissolúvel. Mesmo porque, se um povo considera que o matrimônio baseia-se no consentimento, ainda que relativo, a indissolubilidade deste é inimaginável. Somente na época dos Imperadores cristãos foram introduzidas limitações ao divórcio, mas sem nunca aboli-lo.

Já o Direito Romano arcaico previa o divórcio. Ele era praticado através de formas solenes: a *diffarreatio* e a *remantipatio*. No casamento *sine manu*, essa dissolução era ainda mais fácil. Podia ocorrer através do *divortium comuni consensu* se houvesse acordo entre as partes, ou por *repudium*, no caso de vontade unilateral.

No início da História romana, o divórcio somente podia ocorrer por vontade do marido, mesmo assim se ele convocasse o Tribunal Familiar e, portanto, tivesse algo contra a esposa. Esta, por sua vez, somente descasava-se no caso de perda da cidadania do esposo; é importante notar que não era, nesse caso, divórcio, mas, sim, dissolução do casamento.

Com o passar do tempo as justificativas dadas ao Tribunal Familiar eram cada vez mais tolas, e passou a ser possível o divórcio sem qualquer motivo. O casamento *sine manu* deu às mulheres a mesma possibilidade. O historiador Carcopino, muitas vezes um tanto moralista, lamenta a possibilidade de múltiplos divórcios entre os romanos, indicando que, muitas vezes, eles eram ocasionados por interesse.

> "[...] Na época de Cícero, o divórcio pelo consentimento dos cônjuges ou pela vontade de um só tornou-se moeda corrente das relações familiares. Já velho, Sila casou-se pela quinta vez com uma jovem divorciada, Valéria, meia irmã do orador Hortênsio. Duas vezes viúvo [...] Pompeu divorciou-se duas vezes, antes da primeira e depois da segunda: de Antistia, cuja mãe havia pedido para obter o favor do pretor, do qual

147 CATÃO *apud* GRIMAL, P. *Op. cit.*, p. 117.

> dependia a posse de sua imensa fortuna paterna, mas cujas amizades ameaçavam prejudicar-lhe a carreira política; e de Múcia, cuja conduta deixara a desejar durante a longa ausência do marido em campanhas além-mar. Viúvo de Cornélia, César repudiou Pompéia a quem esposara após a morte de Cina, pela simples razão de que, embora inocente, a mulher de César não deveria ser suspeita. O virtuoso Catão, o jovem, separou-se de Márcia e não se envergonhou de esposá-la novamente quando a fortuna que ela possuía somou-se a de Hortênsio, com quem Márcia entrementes casara-se e do qual era viúva [...]."[148]

3.6.4. O Dote

O Dote é uma instituição que, até poucos séculos atrás, era primordial para a realização de um casamento.[149] Ele pode ser definido como o conjunto de bens que a noiva, por si mesma ou através de outros, traz para o marido para sustentar o ônus do matrimônio.

Esses bens são dados ao marido para que este os administre e, conforme o Direito Romano evoluiu, quando da dissolução do casamento, este deveria ser devolvido.

São modos de constituição do dote a *dotis datio* (efetiva entrega de bens ao marido), a *dotis dictio* (promessa de entrega), a *dotis promissio* (consta de uma *stipulatio*, em virtude da qual o constituinte do dote se obriga a transferir os bens posteriormente, substituiu a *dotis dictio*).

3.6.5. A Adoção

A adoção em Roma era corriqueira e bastante aceita pela sociedade; aliás, esta era considerada uma forma de imitar a natureza no tocante à procriação. "*Adoptio est legitimus actus, naturam imitans, qui liberos nobis quaerimus.*" – A adoção é um ato legal, que imita a natureza, com o qual podemos adotar filhos como seus.[150]

---

148 CARCOPINO, J. **Roma no apogeu do Império**. São Paulo: Cia. das Letras/Círculo do Livro, 1990, p. 121.

149 Em algumas sociedades atuais, o dote ainda é pressuposto para o casamento.

150 Instituta 1, 11.

Para a adoção em Roma, havia duas formas: a *adrogatio* e a *adoptio*. A *adrogatio* era a adoção de um *pater familias* por outro (levando, obviamente, todos os seus dependentes e seu patrimônio), a *adoptio* era a adoção de um indivíduo *sui iuris*. Para a adoção, não havia limite de idade, mas exigia-se que o adotante fosse mais velho que o adotado. "*Adoptio naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater*" – A adoção imita a natureza: seria monstruoso que o filho fosse mais velho que o pai.[151]

Às mulheres era proibido adotar a não ser quando perdiam seus próprios filhos e obtinham permissão especial para isso:

> "*Feminae adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgéntia principis in solatium liberorum amissorum, possunt*." – As mulheres não podem adotar, pois tampouco têm sob seu poder os filhos naturais: todavia, por indulgência do príncipe e para consolo dos filhos perdidos, o podem.[152]

3.7. Tutela e Curatela

Tanto a tutela quanto a curatela têm por finalidade dar meios para que uma pessoa sem condições de fazê-lo sozinha possa ter os seus bens cuidados. Dessa forma, podemos afirmar que ambas têm relação com o problema de capacidade para a prática de atos jurídicos.[153]

A tutela existia pela incapacidade por idade ou sexo e visava proteger os interesses da família. A curatela visava cuidar de interesses patrimoniais em casos excepcionais de incapacidade como loucura, prodigalidade etc.

3.7.1. Tutela

Podiam ficar sob tutela os impúberes e as mulheres *sui iuris*. O tutor podia ser um parente agnatício próximo (*tutela legitima*), ou ser nomeado por testamento (*tutela testamentária*) ou ainda ser nomeado pelo pretor (*tutor dativus*). Uma mulher não poderia ser tutora, a não ser em casos excepcionais:

---

151 Instituta 1, 11, 4.
152 Instituta 1, 11, 10.
153 MARKY, T. *Op. cit.*, p. 168.

> "*Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulant*" – As mulheres não podem se tornar tutoras porque essa é uma prerrogativa dos varões, a não ser que solicitem especialmente ao príncipe a tutela dos filhos.[154]

Exceto o tutor nomeado por testamento, os outros eram obrigados a aceitar o cargo a não ser que provassem idade avançada, ter vários filhos, exercer cargos públicos. Seu dever é explicitado de forma simples e direta: "*Tutoris praecipuum officium est, ne indefesum pupíllum relinquat*" – O primeiro dever do tutor é não deixar o pupilo indefeso.[155]

A incumbência do tutor era administrar o patrimônio do pupilo, e essa administração deveria ser feita de maneira correta, sempre visando ao interesse da pessoa sob tutela. Em caso de prejuízo ocasionado por ações do tutor, qualquer pessoa poderia denunciá-lo e, se condenado, seria penalizado com a *infâmia*. *"Lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta"* – A autoridade do tutor, se exercida com dolo, não se considera ratificada por lei.[156]

A tutela de impúberes e de mulheres era diferente, enquanto a mulher poderia administrar seus próprios bens, ficando o tutor como um assistente; no caso de impúberes, toda a administração ficava por conta do tutor que deveria prestar contas de seus atos. "*Officio tutoris incumbit etiam rationes actus sui confecere et pupillo reddere*" – É também dever do tutor prestar contas de sua administração dos bens do pupilo.[157]

3.7.2. Curatela

A curatela tem por principal objetivo a proteção do patrimônio do indivíduo, cuja capacidade está deteriorada e não é impúbere ou mulher. O curador tinha por função ou representar o curatelado absolutamente incapaz ou assistir relativamente o curatelado dando-lhe, quando convinha, consentimento para a prática de atos jurídicos.

As espécies de curatela distinguiam-se, baseadas no tipo de incapacidade do indivíduo. Havia a *cura furiosi*, que era a curatela do

154 Nerácio, Dig. 26, 1, 18.
155 Marcelo, Dig. 26, 7, 30.
156 Terêncio Clemente, Dig. 23, 3, 61.
157 Ulpiano, Dig. 27, 3, 1, 3.

indivíduo mentalmente prejudicado. Se houvesse um parente agnado próximo, este seria o curador; caso contrário, o pretor nomeava um. Havia também a *cura prodigi*, que era a curatela dada ao indivíduo que, comprovadamente, esbanjava seus bens; dessa forma, o pródigo ficaria com sua capacidade de ação limitada, e seu patrimônio estaria defendido. Em casos excepcionais, havia ainda a *cura minorum*, que era a curatela solicitada por menores de 25 anos para abrandar as dúvidas daqueles que receavam contratar com eles por causa da pouca idade.

3.8. Sucessão

Intimamente ligada a todas as questões que envolvem a família, sua perpetuação e seu patrimônio está a sucessão. A princípio, em Roma, somente o sucessor do *pater familias* tinha direito, porém, com as mudanças estruturais pelas quais passaram não somente a família romana, mas a sociedade como um todo, essa questão tornou-se mais complexa.

Os romanos utilizavam a expressão *succedere in ius* para designar a transmissão de todos os direitos e obrigações do defunto a uma outra pessoa, seu sucessor; usavam a palavra *hereditas* para indicar o processo dessa passagem e seu objeto (geralmente o patrimônio) e *heredis* para indicar herdeiro. "*Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit*" – a herança não é senão a sucessão na universalidade do direito que o falecido possuía.[158]

Os sucessores naturais eram os filhos, estes eram considerados, mesmo durante a vida de seu pai, como quase donos. Dessa forma, durante o período clássico, não se considerava que os filhos herdassem os bens, mas a plena administração dos mesmos.

Eram filhos os nascidos em justas bodas e após a morte do pai, a título sucessório: "*Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitiman hereditatem*" – o nascido dez meses após a morte não é admitido à legitima herança.[159] Eram herdeiros como os filhos biológicos os adotados: "*Qui adoptatur, iisdem fit agnatus quibus pater ipsius fuit; et legitmam eorum hereditatem habebit, vel ipsi eius*" – quem é adotado se torna herdeiro dos mesmos de quem foi seu pai e terá a herança legítima deles (ou eles a dele).[160]

158 Juliano, Dig. 50, 17, 62.
159 Ulpiano, Dig. 38, 16, 3, 11.
160 Ulpiano, Dig. 38, 16, 2, 3.

3.8.1. Herança

O usufruto, a posse, o uso, algumas relações obrigacionais (como mandato, por exemplo) não eram considerados transmissíveis, bem como obrigações delituais, já que "*in poenam heres non succedit*" – o herdeiro não herda a pena.[161] Os demais direitos e obrigações constituíam o patrimônio transmissível.

Através de um balanço entre o que o defunto devia e o que tinha determinava-se a herança, que, obviamente, poderia ser somente dívida (chamada *damnosa hereditas*).

> "No caso de pluralidade de herdeiros, cada um sucedia ao *de cujus* no patrimônio todo, sendo os direitos e obrigações de cada herdeiro limitados apenas pelo concurso dos demais, cabendo a todos alíquotas ideais, sem divisão real: *concursu partes fiunt*."[162]

3.8.2. Testamento

Para os romanos, o testamento era a expressão de uma vontade unilateral. Um documento no qual o testador indica seu sucessor ou seus sucessores. Até a morte do testador, este era revogável, "*posteriore testamento, quod iure perfectum est, supérius rúmpitur*" – com o testamento posterior, que se faz legalmente, se anula o anterior.[163]

Para fazer um testamento era necessária a *testamenti factio activa*, isto é, a capacidade jurídica para testar. Não tinham capacidade de fazer testamento os *alien iuris* (por não terem patrimônio próprio), os *latini juniani* (que morriam como escravos e seu patrimônio era automaticamente do patrono), os *intestabiles* (que tiveram essa punição por negarem-se a depor como testemunhas), os incapazes (como os loucos, os impúberes, os pródigos).

As mulheres, no início da História Romana, também não podiam testar, mas essa limitação desapareceu no Direito Clássico. Ser herdeiro também era uma questão de capacidade jurídica. A principal condição era ser cidadão romano livre e não ser *intestabiles*.

---

161 Marcelo, Dig 39, 1, 22.

162 MARKY, T. *Op. cit.*, p. 175.

163 Instituta, 2, 17, 2.

Havia dois tipos de testamento: o *testamentum publicum*, que era feito publicamente ou perante o comício – reunido para esse fim duas vezes por ano – e era chamado *testamentum calatis comitiis* ou perante o exército; e o *testamentum privatum*, no qual o testador passava seu patrimônio a uma pessoa de sua confiança para que esta o transferisse à pessoa designada pelo testador; essa fórmula transformou-se e a pessoa de confiança passou a ser testemunha apenas (junto com outras seis, já que sete testemunhas era o número exigido para a validade de um testamento).

> "Mais tarde, costumava-se redigir documento escrito do testamento, assinado [por] sete testemunhas, que se chamava *tabulae testamenti septi signis signatae*, a que se juntava, ainda, a formalidade oral [...], porque a validade do testamento decorria exclusivamente desta parte oral, sendo as *tabulae* apenas elementos de prova do conteúdo verbalmente enunciado no testamento [...]."[164]

Testamentos podiam ser considerados nulos, ineficazes ou ainda podiam ser revogados. O testamento nulo era aquele que era feito por um testador sem capacidade para tal ou aquele feito sem alguma formalidade exigida ou ainda quando o testador desrespeitava os direitos de seus descendentes.

O testamento tornava-se ineficaz quando o testador, após a feitura do testamento, perdia sua capacidade de testar, quando os herdeiros não aceitavam a herança ou quando o testamento fosse revogado. Para ser revogado, o testamento deveria estar danificado, perdido, destruído voluntariamente (pelo testador) ou quando o testador fizesse posteriormente outro.

3.9. Posse e Propriedade

Posse e propriedade podem ser diferenciadas pelo fato de se ter poder jurídico ou poder apenas de fato sobre a coisa. Quando há somente posse, a coisa está sob o poder da pessoa, mas esta não tem

164 MARKY, T. *Op. cit.*, p. 182.

poder jurídico total sobre ela. No caso da propriedade, o indivíduo tem poder jurídico (inclusive de compra, venda, aluguel etc.).

Para os romanos, poderia se gerar propriedade de várias formas, inclusive através da posse. A tomada de posse de uma coisa que não estivesse sob o domínio de ninguém (animais selvagens, coisas abandonadas, bens de inimigos de Roma) geraria a propriedade; isso era chamado *occupatio*. Poderia se adquirir também a propriedade por transferência da mesma, por usucapião, por compra, por herança etc.

3.10. Delitos

No início da História de Roma, não havia limites para a represália quando um indivíduo cometia um crime. Era de livre vontade do ofendido a vingança, embora atenuando esse fato houvesse outro: não tinham, os romanos, a nítida distinção entre punição e ressarcimento.

Para os romanos, o crime era definido em uma só palavra: '*noxae'*. "'*Noxae' appellatione omne delictum continetur*" – Na palavra 'noxa' está compreendido todo tipo de delito (Noxa= prejuízo, dano, delito, crime).[165]

E, para eles, não poderia um indivíduo pagar pelo crime de outro. "*Peccata suos teneant auctores*" – Os crimes só atingem aqueles que o cometeram.[166] Bem como, consideravam que o fato de uma pessoa calar não significava necessariamente uma confissão de culpa: "*Qui tacet, non utique fetetur: sed tamen verum est, eum non negare*" – Quem cala nem sempre confessa. Contudo, certo é que não nega.[167]

Previam também a legítima defesa: *"Quod quisque ad tutelam corporis sui fecerit, id iure fecisse existimatur"* – O que cada um fez para proteger o próprio corpo julga-se que haja feito com todo direito.[168]

Portanto, fica bastante clara a noção acentuada de justiça dos romanos. Para ratificar esse objetivo, pode ser citada uma frase de Ulpiano, que dizia: "*Satius est impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*" – Mais vale deixar impune o culpado que condenar o inocente.[169]

Com o fortalecimento do Estado foram estabelecidas condições para o exercício da vingança. Esta somente poderia ser efetuada se o

165 Gaio, Dig. 50, 16, 238, 3.
166 Códex, 9, 47, 22.
167 Paulo, Dig. 50, 17, 142.
168 Florentino, Dig. 1, 1, 3.
169 Ulpiano, Dig. 48, 19, 5, pr.

criminoso fosse pego em flagrante e, mesmo assim, os limites da represália foram limitados (ou eram baseadas no Princípio da Pena de Talião ou a uma compensação pecuniária).

Quanto ao processo e sua evolução na História romana, descreve Mirabete:

> Em Roma, a separação entre *delicta publica* (crimes contra a segurança da cidade, *parricidium* etc.) e *delicta privata* (infrações menos graves) determinava também a distinção dos órgãos competentes para julgamento. Quanto aos últimos, os Estado era o árbitro para solucionar litígio entre as partes, decidindo de acordo com as provas por elas apresentadas. Com o passar dos anos, porém, o processo penal privado foi abandonado quase totalmente. No processo penal público, ao contrário, ocorreu a evolução. Da ausência de qualquer limitação ao poder de julgar existente no começo da monarquia, em que nenhuma garantia era dada ao acusado (*cognitio*) passou-se com a *Lex Valeria de Provocatione* ao *provocatio ad populum*, em que o condenado podia recorrer da condenação para o povo reunido. Já na República surgiu a justiça centurial, em que as centúrias, integradas por patrícios e plebeus, administraram a justiça penal em um procedimento oral e público e, excepcionalmente, o julgamento pelo senado que a podia delegar aos *questores*. Já no último século da República surgiu nova forma de procedimento: a *accusatio*, ficando a administração da justiça a cargo de um tribunal popular, composto inicialmente por senadores e, depois, por cidadãos. No Império, a *accusatio* foi pouco a pouco cedendo lugar a outra forma de procedimento: a *cognitio extra ordinem*, processo penal extraordinário a cargo, no início, do senado, depois ao imperador e, finalmente, outorgado ao *praefectus urbis*. Os poderes do magistrado, diz Mazini, foram invadindo a esfera de atribuições já reservadas ao acusador privado a tal extremo que, em determinada época, se reuniam no mesmo órgão do estado (magistrado)

> as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao Juiz. Fez-se introduzir, então, a tortura do réu e mesmo de testemunhas que depusessem falsamente e a prisão preventiva. Pode-se apontar tal procedimento como a base primordial do chamado **Sistema Inquisitivo**."[170]

3.10.1. Causalidade

Causalidade é o nexo subjetivo que liga o delito ao seu autor e manifesta-se de duas formas: dolo ou culpa. Os romanos levavam em consideração a intenção conforme pode-se atestar na *Lex Numae*: "Se alguém matou um homem com prévia intenção, é homicida."

O Jurisconsulto Numa indicava que: "Se alguém matou um homem imprudentemente, aos agnados do morto será oferecido em compensação um carneiro perante a assembléia." Tomando essa máxima de Numa e a *Lex Numae,* pode-se concluir que diferenciavam dolo e culpa.

Além de um delito poder ser doloso, intencional, os romanos indicavam que poderia ainda ser pior, poderia se cometer um delito com *fraus*, que significa falta consciente de respeito à lei.

Essa graduação do delito, baseado na intenção, pode ser vista no Digesto, que indica: "O divino Adriano decidiu em um *rescriptum* que aquele que matou um homem, se não o fez com intenção de matar, pode ser absolvido. E aquele que não matou um homem, mas feriu, com intenção de matar, deve ser condenado como homicida; e segundo os casos deve ser determinado isto: se tomou a espada na mão e nele golpeou, incontestavelmente o fez com intenção de matar; mas se em uma rixa feriu com uma chave ou marmita, embora tenha golpeado com instrumento de ferro, não o fez, contudo, com a intenção de matar. Deduz-se que deve ser mitigada a pena daquele que, numa rixa, cometeu um homicídio mais por causalidade que por vontade."

3.10.2. Imputabilidade

Imputabilidade é a aptidão do indivíduo para praticar atos com discernimento. No Direito Romano, não há uma definição doutrinária

---

170 MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34.

completa, mas eles indicam que se preocuparam em pensar, minimamente, o tema.

Os impúberes eram considerados, dependendo do caso, como sendo semi-imputáveis, porque, embora não lhes fossem atribuídas as penas mais severas, o ressarcimento era sempre exigido. No Digesto lemos: "Os impúberes não sejam torturados: costumam somente ser assustados e ser batidos com uma correia ou vara." De qualquer maneira, a pena de morte nunca era aplicada a uma criança.

Os mentalmente incapacitados eram subdividos em categorias: os *furiosis* e os *demens*. Os primeiros seriam os doentes agitados, mas com intervalos de lucidez, os *demens* seriam aqueles constantemente em privação do uso total de sua capacidade mental, totalmente débil e, portanto, sem exercer qualquer tipo de possibilidade de perigo para a sociedade.

No caso dos *demens* não lhes era atribuída imputabilidade no caso de crimes e os *furiosis*, somente em crimes violentos ou de roubo. Estes não eram, segundo acreditavam os romanos, capazes de crimes de inteligência como falsificações, por exemplo. Os *furiosis*, quando cometiam um delito, ou tinham a possibilidade de fazê-lo, eram acorrentados.

A ignorância da lei não gerava imputabilidade, mas a ignorância do fato, sim. Por exemplo, uma mulher que se casasse novamente crendo que o marido anterior estivesse morto, e este não estivesse não poderia ser acusada de adultério.

3.10.3. Extinção da Punibilidade

A Pena era extinta se o culpado cumprisse a pena (por exemplo, um advogado que recebesse como pena a impossibilidade de advogar, poderia voltar a fazê-lo depois do tempo estipulado), se obtivesse o perdão, se recebesse a *abotio* que consistia em extinguir temporariamente a ação penal em curso por ocasião de alguma solenidade (a ação poderia ser retomada após findo o prazo), se o crime prescrevesse (para o homicídio não havia prescrição) e por morte do que cometeu o delito.

3.10.4. Codelinquência

Os romanos previam a colaboração para cometer crimes e a punia da mesma forma que era punido o que cometeu o delito.

3.10.5. Retroatividade da Lei Penal

O que hoje é inconcebível, para os romanos não o era. Era comum que crimes pudessem receber pena, mesmo que a lei fosse posterior ao ato.

3.10.6. Alguns Delitos

Havia distinção entre delitos públicos – como traição (*perduellio*), homicídio (*parricidium*) e incêndio – e delitos privados que eram o furto, o roubo, o dano injustamente causado, a injúria, o dolo, a coação, o *quase delictus*.[171] Ulpiano afirmava:

> "*Hoc iure utimur: ut quidquid omnino per vim Fiat, aut in vis publicae, aut in vis privatae crimen incidat*" – Nós usamos este princípio em direito: tudo aquilo que se faz com violência cai, ou no delito de violência pública, ou no de violência privada.[172]

- √ Furto: entendido como apropriação da coisa alheia sem uso de violência. No início do Direito Romano, tinha como pena a possibilidade de o ladrão, pego em flagrante, ser punido fisicamente (ser morto ou reduzido à condição de escravo). Mais tarde, o furto passou a gerar direito de o ofendido exigir uma multa pecuniária que poderia ser o dobro, o triplo ou o quádruplo do valor da coisa furtada.
- √ Roubo: pela definição do jurisconsulto Paulo "*Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*" – Ladrão é aquele que se apropria dolosamente da coisa alheia.[173] Para a pena seguia-se a mesma tendência de cobrar do ladrão, a título de pena, uma multa cujo montante poderia ser até o quádruplo do valor da coisa roubada.
- √ Dano: quando causado injustamente, era cobrado do indivíduo que cometeu o delito que esse reparasse o que causou. No

---

171 O empréstimo de dinheiro a juros era considerado delito, mas houve controvérsia se este delito era privado ou público. A *Lex Genucia* de 342 a.C. considerava delito público, a *Lex Márcia de Fenore,* de 104 a.C., considerava delito privado.

172 Ulpiano, Dig. 50, 17, 152.

173 Paulo, *Sententiae*, 2, 31, 1.

cálculo do valor do dano, no período clássico, ao invés de um valor objetivo, calculava-se o dano efetivo material (*damnum emergens*) e a perda do lucro advinda do dano (*lucrus cessans*).

√ Injúria: "*Iniuriam accipiemus, damunum culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit*" – Consideramos injúria o prejuízo causado por culpa, ainda que não houvesse intenção de prejudicar.[174] No período clássico, por meio de uma ação chamada *actio iniuriarum*, o ofendido poderia pedir indenização pela ofensa sofrida.

√ Dolo: o pretor Aquilio Galo introduziu essa inovação no Direito Romano. O dolo é apontado como sendo todo comportamento desonesto com a finalidade de induzir um indivíduo a erro. A parte lesada poderia entrar com uma *actio dolo* contra o ofensor para obter ressarcimento do dano sofrido. O dolo era considerado um delito bastante grave: "*Dolus omnimodo puniatur*" – O dolo deve ser punido por todos os meios.[175]

√ Coação: é o ato de um indivíduo compelir outro a práticas de atos jurídicos mediante violência. Esta pode ser física (também chamada absoluta) ou moral (chamada compulsiva). O ofendido teria, como ação penal, uma *actio quod metus causa* contra o autor da violência.

√ *Quase – Delictus*: pode ser definido como quase delito, ou como um delito que foi ocasionado de forma culposa, ou seja, sem intenção, mas que poderia ter sido evitado. Eram agrupados em *effusum et deiectum* (atirar objetos de um edifício sobre a via pública), *positum et suspensum* (colocar objeto pendurado em um edifício com a possibilidade de cair e causar dano), *exercitor navis aut caupónae et stabuli* (responsabilidade de proprietários de navios, hospedarias e estábulos em relação às coisas dos clientes) e *si iudex litem suam fecerit* (se o juiz julgou mal o processo).[176]

3.11. O Estudo do Direito e os Advogados em Roma

Quando se trata de educação em Roma, é necessário salientar que, antes das influências dos povos conquistados, todo o ensino, fosse ele básico ou superior, era basicamente *per exemplo*, ou seja, o in-

174 Ulpiano, Dig. 9, 2, 5, 1.

175 Nerácio, Dig. 44, 4, 11, 10.

176 VALLE, Gabriel. **Dicionário de expressões jurídicas latim-português**. 2. ed. Campinas: Capola, 2002, p. 305.

divíduo era educado seguindo o exemplo de seu pai, ou de um tutor por ele indicado.

O método do ensino do Direito, a princípio, era também, essencialmente prático. Era chamado de *respondere audire*: os jovens assistiam às consultas que o mestre dava a seus clientes e às minuciosas explicações que este lhes administravam sobre cada caso.

Com o passar do tempo, principalmente a partir do primeiro século antes de Cristo, o ensino prático do Direito passou a ser complementado por um ensino sistematizado. Segundo Marrou:

> "[Utilizando] todos os recursos da lógica grega, o Direito Romano se esforça, desde então, por se apresentar aos iniciantes sob a forma de um corpo de doutrina, de um sistema constituído por um conjunto de princípios, de divisões e classificações apoiadas sobre uma terminologia e em definições precisas."[177]

Quanto mais cresceram a influência e o poder (no tocante ao Direito, principalmente) dos Jurisconsultos, mais o estudo do Direito adquiriu maior importância e maior atenção da sociedade e do Estado. Os escritórios dos Jurisconsultos eram, ao mesmo tempo, lugares de consultas jurídicas e escolas públicas de Direito. Essas escolas situavam-se, geralmente, perto dos templos para que se pudesse aproveitar os recursos das bibliotecas que eram anexas aos templos.

Não se pode, com isso, confundir o *iurisconsultus* e o *orator*. Ambos eram advogados, mas um era especialista no Direito e a ele cabia estudar o aspecto jurídico das controvérsias, e o outro era o que estava em juízo lutando pelo seu cliente.

Ser advogado em Roma era quase uma tendência natural, visto que os romanos, durante todo o longo período republicano, pelo menos, tinham um imenso apreço pela oratória, que consideravam como arte e como algo a ser cultivado e admirado. Os maiores vultos da política republicana foram, também, campeões da vida forense. Em ambas as funções a oratória era ferramenta primordial. Afirmava Ulpiano: *"Melius est sensum magis quam verba amplecti"* – O melhor é ater-se ao sentido das palavras que ao escrito.[178]

177 MARROU *apud* Giordani, M. C. **História de Roma**... p. 268.
178 Ulpiano, Dig. 34, 4, 3, 9.

Esse casamento entre a advocacia, seu exercício e a política eram bastante intensos na Roma Republicana, visto que a *Lex Cincia* de 304 a.C. proibia o recebimento de honorários (ao menos oficialmente); o apoio eleitoral advindo através de uma boa carreira no fórum era uma excelente recompensa. Com o Império, a carreira política perdeu sua importância e logo em seu início o Imperador Cláudio (séc. I d.C.) permitiu os honorários advocatícios, mas dentro de limites pecuniários. Portanto, somente após Cláudio, podemos considerar a advocacia em Roma como uma profissão.

A popularidade dos advogados em Roma era tanta quanto os próprios litígios, que reuniam uma multidão tão ávida de diversão quanto aquela que frequentava o circo.

> "Durante duzentos e trinta dias [por ano], para as instâncias civis, em todo o tempo para os processos criminais, a *urbs* se consumia com a febre judiciária que se apoderava não só dos litigantes ou dos acusados, mas também de seus advogados e da multidão de curiosos imobilizados durante horas à volta dos tribunais pela avidez do escândalo ou pelo gosto das controvérsias oratórias."[179]

---

179 CARCOPINO, J. *Op. cit.*, p. 225.

CAPÍTULO VII
A EUROPA MEDIEVAL

1. Introdução

A Idade Média é o período histórico da Europa que se estendeu do século V d.C. até o século XV, ou seja, da queda do Império Romano do Ocidente em 476 até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453. Esses mil anos não foram uniformes; podemos vislumbrar pelo menos dois momentos específicos a título de estudo: a Alta Idade Média (do século V ao século IX) e a Baixa Idade Média (do século IX ao XV).

A Alta Idade Média é um período de desconstrução e construção. Por isso mesmo, ele é cheio de vieses e detalhes. Nesse tempo da história europeia, os homens tiveram que conviver com o fim do mundo que conheciam, o mundo romano e, ao mesmo tempo, com a construção de um novo mundo, agora tendo como elementos as culturas germânicas e a Igreja (Católica).

Esse período inicia-se com a queda de Roma e a invasão de tribos germânicas no território do Império. Os povos germânicos tinham hábitos bastante diferentes dos romanos. Eles se vestiam de peles de animais e tecidos grosseiros, habitavam moradias rústicas, visto que eram seminômades – mudavam-se sempre que as pastagens rareavam. Além da agricultura e do pastoreio, os germânicos caçavam, pescavam, mas sua economia era basicamente de trocas. O sistema produtivo combinava a propriedade coletiva e a propriedade individual e, principalmente, a guerra era primordial para a economia desses povos.

Algumas tribos germânicas, ao invadirem o Império Romano, formaram reinos, outras simplesmente espalharam-se pelo território.[180] Aos poucos, as invasões alteraram a dinâmica social não somente dos germânicos, mas dos romanos também. Os camponeses livres foram

---

180 Dentre os reinos formados por germânicos no território romano, podemos citar: os Vândalos no norte da África, os Ostrogodos na Península Itálica, os Visigodos na Península Ibérica, os Anglo-Saxões na atual Inglaterra e os Francos na atual França.

perdendo sua independência e submeteram-se à autoridade da elite que nascia, uma elite formada por chefes guerreiros e grupos armados. Isso pode ser explicado pelo fato de os guerreiros terem detido a propriedade das terras e, sem a posse destas, os camponeses se viram obrigados a se submeter a eles.

A Baixa Idade Média é o período no qual, superados os momentos de integração dos dois mundos que se encontraram no início da Idade Média (o mundo romano e o germânico), o que se considera medieval, consolidou-se e, ao mesmo tempo, começou a se transformar para daí a alguns séculos pôr fim ao medievo.

Nesse período medieval, encontramos a consolidação da instituição considerada como símbolo da Idade Média, o feudalismo (do qual trataremos adiante), bem como podemos começar a vislumbrar as modificações que acabaram por apresentar-se como o nascedouro da Idade Moderna (o renascimento do comércio, das cidades, das universidades, das grandes catedrais etc.).

A sociedade medieval que começou a tomar forma na Alta Idade Média estava já consolidada no período seguinte e era simples sua divisão: de um lado, homens livres, com o poder das armas ou da Igreja, de outro, os servos. Portanto, pode-se afirmar que a Idade Média conheceu basicamente três "tipos" de homens, os que guerreavam, os que oravam e os que trabalhavam.

Quanto aos servos, é necessário reafirmar que estes não eram livres, não eram escravos, tampouco. Servos eram não-livres não porque pertencessem a alguém ou porque fossem um bem alienável (porque, se assim fosse, eles seriam escravos), mas porque estavam presos à terra e se essa mudasse de mãos, por qualquer motivo, os servos daquela terra teriam um outro senhor. Eles não poderiam, via de regra, mudar de feudo quando achassem pertinente.

2. Sistema Feudal

2.1. Características

Feudalismo é uma palavra muitas vezes carregada de um peso negativo que não é justo. Muitos, ao ouvi-la, lembram-se de atraso ou qualquer outro termo que possa ser empregado pejorativamente. Outros apenas têm uma sensação desagradável, lembrando que tem

algo a ver com terra e que nunca conseguiram compreender direito esse conceito na escola.[181]

Antes de qualquer explicação, é preciso entender que feudalismo é um sistema que não pode ser minimizado ou considerado apenas em parte. Esse sistema apoia-se no Direito e dele não pode se afastar, mas envolve meio de vida, força, fé, interesses, terra, divisão social e tudo quanto o ser humano é capaz de criar.

Dentre todas essas questões que envolvem esse termo, uma palavra é primordial para seu entendimento: sobrevivência. Quase tudo no Sistema Feudal tem algo a ver com a questão da sobrevivência. Seja a luta pela sobrevivência usando armas, seja a sobrevivência básica da alimentação, e aí se encontra a semente do feudalismo.

Tomemos uma definição de feudalismo:

> "[...] Pode-se entender por feudalidade um *tipo de sociedade* baseado numa organização muito particular entre os homens: laços de dependência de homem para homem estabelecendo uma hierarquia entre os indivíduos. Um homem, o vassalo, confia-se a outro homem, que escolhe para seu amo, e que aceita esta entrega voluntária. O vassalo deve ao amo fidelidade, conselho e ajuda militar e material. O amo, o senhor, deve a seu vassalo fidelidade, proteção, sustento. O sustento pode ser assegurado de diversas maneiras. Geralmente faz-se através da concessão ao vassalo duma terra, benefício ou feudo."[182]

Um homem livre torna-se vassalo de um outro homem livre (servos só estão presentes nessa situação, à medida que se um feudo é dado ao vassalo os servos que são daquele feudo mudam de senhor). Qual o motivo de um homem querer vassalos? Qual o motivo de um homem desejar estar sob o senhorio de alguém? A resposta é: sobrevivência.

---

181 "A palavra *feudalismo* (em alemão, *Lehnwesen* ou *Feudalimus*; em inglês, *feudalism*; em holandês, *leenstelsel*) presta-se a muitas confusões. Desde a Revolução Francesa, em que, juntamente com o *fanatismo*, serviu de espantalho, tem sido, muitas vezes, usada fora do seu sentido próprio." GANSHOF, F. L. **Que é o feudalismo?** 2. ed. Lisboa: Europa América, 1968, p. 09.

182 FOURQUIN, G. **Senhorio e feudalidade na Idade Média**. Lisboa: 70, 1987, p. 11.

Um indivíduo na Idade Média, por mais terras que tivesse, necessitava defendê-las e, por conseguinte, a si mesmo e a sua família. Essa defesa somente poderia ocorrer através das armas, era essa a linguagem básica do período medieval. Contratar "capangas" para essa defesa estava um tanto fora de questão, visto que era difícil conseguir como pagar. Logo, para sobreviver, este indivíduo deveria oferecer algo que interessasse a quem pudesse ajudá-lo a defender-se e a suas terras. Esse "algo" era um meio de obtenção de sobrevivência básica, alimento, que somente poderia ocorrer através da posse de terras.

Isso ocorria com pequenos, médios e até grandes proprietários de terra, desde que o interesse assim recomendasse. Sobreviver não era somente defender-se, era também ter capacidade de atacar, conquistar mais terras para, em um círculo vicioso, ter mais feudos a doar para vassalos e ter maior exército, para conquistar mais terras etc. É o caso de alguns reis carolíngios:

> "Para poderem dispor de guerreiros numerosos, bem armados, inteiramente dedicados, Pepino II e, sobretudo, Carlos Martel multiplicaram o número dos seus vassalos. Distribuíram-lhes terras a fim de os porem em condições de poderem obter, além do sustento a que tinham direito, um equipamento completo de guerra [...]."[183]

Essas necessidades, abrandadas pelo caminho escolhido, o feudalismo, não nasceram da noite para o dia, foram transformações que acabaram por eliminar gradativamente os poderes mais centralizados e pulverizá-los, de tal forma que a característica que mais chama a atenção no feudalismo é a fragmentação do poder.

2.2. Contrato Feudo-Vassálico

O próprio feudalismo baseia-se em uma questão de direito, em um contrato, pois a concessão de um feudo era feita através de um pelo qual o senhor e o vassalo contraíam obrigações recíprocas. Para contratar, eram necessários alguns ritos e formalidades que deveriam ser cumpridos por ambos os lados.

---

183 GANSHOFF, F. L. *Op. cit.*, p. 29.

Este é um contrato pessoal entre um homem que será o Vassalo e outro homem que será o senhor, por isso através dos rituais, ambos, em público fazem promessas recíprocas dentro de um cerimonial. Essas cerimônias tinham o nome de Investidura, Fé e Homenagem.

A homenagem é um ato de autoentrega, no qual o vassalo coloca-se nas mãos do senhor e, para que isso seja eficaz, ele precisa expressar verbalmente esse desejo. Isso se faz através de um ritual no qual:

> "Sem armas, o homem, de cabeça descoberta, na maioria dos casos de joelhos, coloca suas mãos juntas nas do senhor, que fecha as suas sobre as do vassalo. Este ato material, consistindo em um contato físico, é rito indispensável numa civilização em que os sistemas jurídicos foram primeiro pouco evoluídos e em que, pelo menos no século XI, a escrita ocupava um lugar ainda restrito."[184]

Nesse contrato era necessário também que se obtivesse da parte do vassalo o juramento de fidelidade, razão da concessão de um feudo para ele. Esse juramento chamava-se Fé e seguia-se imediatamente a homenagem. O novo vassalo com a mão sobre o Evangelho ou uma relíquia jurava fidelidade ao novo senhor e, muitas vezes, chegava inclusive a enumerar todos os aspectos sob os quais a fé deveria ser guardada.

A Investidura era a entrega do benefício, do feudo ao vassalo. Geralmente, o senhor entregava-lhe um objeto como símbolo do feudo outorgado. Esse benefício dado ao vassalo quase sempre era sinônimo de uma porção de terra, porém poderia também ser um castelo sem terras em volta, uma portagem, uma magistratura etc.[185]

2.2.1. Os Efeitos do Contrato Feudo-Vassálico

Primeiramente, esse contrato gerava o poder do senhor sobre o vassalo, bem como uma obrigação de fidelidade (entendida como o dever de nunca prejudicar o subordinado), obrigação de proteção e de sustento.[186] Esse sustento poderia ser feito diretamente, ou seja, o

184 FOURQUIN, G. *Op. cit.*, p. 112.

185 *Ibidem*, p. 128.

186 "Por todos os meios, inclusive violência, o senhor deverá proporcionar ao seu homem o gozo tranqüilo do feudo concedido. Deve também fazer-lhe a 'boa justiça' e ajudá-lo com seus conselhos." *Ibidem*, p. 120.

senhor poderia tomar o vassalo e sua família sob seu próprio teto ou poderia, como era mais comum, conceder ao vassalo um feudo.

Em contrapartida, o vassalo devia a seu senhor a fidelidade (abster-se de atos hostis ou perigosos contra o senhor), o *auxilium* (ajuda militar e material, nem sempre de caráter pecuniário) que, na maioria das vezes, apresentava-se sob a forma de auxílio militar (de homens e armamentos) ou com o *consilium* (obrigação de auxiliar ao senhor com conselhos sempre que este convocava).

O *consilium* era muito importante no que diz respeito à justiça, visto que, regra geral, o vassalo era convocado para participar com outros vassalos do mesmo senhor da Corte (ou *cúria*), que era uma assembleia deliberativa presidida pelo senhor que tinha como principal atribuição julgar causas submetidas a esse Conselho. Discutiam também outros assuntos, unindo então atribuições políticas e de tribunal.

Um vassalo poderia ter seus próprios vassalos, mas estes não estavam diretamente ligados ao senhor de seu senhor, não eram, portanto, obrigados a nada no que diz respeito a este. Entretanto, era usual recorrer ao senhor do senhor, quando alguma causa se interpunha entre um vassalo e seu amo.

2.2.2. O Fim do Contrato Feudo-Vassálico

Inicialmente, o contrato não poderia ser rompido, pois, com o envolvimento de uma visão religiosa profunda na Idade Média, os contratos, vistos como resultado de um juramento, eram sagrados e, portanto, eternos; ou melhor, existiam até que a morte de um dos contratantes impossibilitasse o contrato. Entretanto, na prática, nem sempre isso ocorria, muitas vezes o contrato era quebrado pela força ou pelos interesses de uma das partes (com a retomada do feudo ou a sua posse definitiva). Isso, entretanto, não era considerado "legal" (na acepção atual da palavra).

Não obstante, a eternidade do contrato era prevista uma forma de rompimento do contrato em quase todos os lugares da Europa, se fosse da parte do vassalo e se este devolvesse o feudo. A renúncia do feudo se fazia com a devolução ao senhor do objeto que servira de símbolo do recebimento do benefício no momento do contrato.

Havia, contudo, alguns casos em que o contrato feudo-vassálico poderia ser quebrado sem que houvesse nenhum tipo de ilegalidade no ato e sem, necessariamente, a devolução do feudo por parte do vassalo. Essas situações geralmente eram decorrentes de algo ilegítimo que a

outra parte fizera; por isso, o rompimento unilateral do contrato geralmente era visto como uma sanção. Era o caso de uma das duas partes do contrato não cumprir com suas obrigações ou de uma delas ser excomungada pela Igreja, já que nenhum cristão podia ter relações com um excomungado.

Como tudo relativo a contratos na Idade Média era feito mediante ritual, o rompimento do contrato feudo-vassálico não era exceção. Quando um vassalo (justa ou injustamente) desejava deixar claro o rompimento unilateral do contrato, ele o fazia de acordo com o *desafio*, que poderia ser simplesmente atirar uma flexa ou uma luva em direção ao senhor (não para acertá-lo).

Por outro lado, se o senhor desejasse romper unilateralmente o contrato, poderia fazê-lo com o mesmo ritual, entretanto os costumes estabeleciam que isso não deveria ser feito sem o conselho de sua Corte.

O senhor poderia também retomar o feudo temporariamente (*saisimentum*), se quisesse apenas advertir o vassalo, ou poderia tomá-lo definitivamente.

2.2.3. Os Direitos de Uso e Propriedade no Contrato Feudo-Vassálico

A questão da propriedade do feudo na Idade Média é, no mínimo, estranha aos olhos da atualidade, visto que pensamos propriedade como algo que permite àquele que a possui poderes extremamente amplos sobre ela. No caso medieval, propriedade e posse se confundem sobremaneira, e o poder sobre a terra é tão restrito na prática quanto maior for em teoria.

Gashoff afirma não poder ser discutível o direito de propriedade do senhor sobre a terra que concede em benefício, a menos que ele próprio a tenha em benefício e, portanto, a tenha recebido das mãos de outro senhor.[187] Contudo, o direito de dispor da terra foi cada vez mais sendo restringido ao senhor em detrimento do vassalo.

> "Sem dúvida que nunca foi direito do senhor retirar um benefício que tinha concedido a um vassalo não culpado de faltar a seus deveres sem lhe propor uma compensação."[188]

187 GASHOFF, F. L. *Op. cit.*, p. 66.

188 *Ibidem*, *idem*.

Então podemos supor com uma certa precisão que o feudo, como benefício, embora propriedade do senhor e em usufruto do vassalo, não era um bem alienável, por nenhuma das partes, muito embora pudesse, em parte ou no todo, tornar-se um benefício a ser dado a um homem livre que se tornaria vassalo do vassalo do proprietário.

Essa limitação do poder do proprietário após a doação do usufruto do benefício é mais clara ainda se for analisada pelo ponto de vista da hereditariedade. Era quase impossível para um senhor mudar o *status quo* deixado por seu predecessor; os vassalos do predecessor eram "herdados", bem como as suas promessas.

A rigor, o contrato feudo-vassálico excluía a hereditariedade do usufruto do benefício, visto que este tinha caráter profundamente pessoal. Contudo, na prática, geralmente o que ocorria era que o filho do vassalo tornava-se herdeiro também de sua vassalagem, precisando apenas ir até o senhor do seu pai para fazer por si o ritual do contrato e pagar uma taxa. Se o herdeiro fosse menor, o senhor cuidava de seus interesses até sua maioridade, ou seja, até esse poder fazer seu juramento.

> "Aliás, aconteceu, ao conceder um benefício ao um vassalo, garantir o senhor ao filho daquele que, depois de seu pai, receberia o mesmo benefício."[189]

Como essa questão da herança passada do vassalo a seu filho, poderia ocorrer também com uma filha (se não houvesse tido meninos) e, como as mulheres estavam completamente excluídas da sucessão feudal, seus maridos poderiam tornar-se herdeiros do benefício. Não era incomum, portanto, que senhores procurassem interferir no casamento das filhas de seus vassalos para garantir alianças mais interessantes.

2.3. As Relações Feudo-Vassálicas e a Justiça

A concessão de um feudo não era, necessariamente, em todos os sentidos, uma concessão ampla no que diz respeito à justiça. Esta era mais uma das questões controversas do feudalismo.

---

189 *Ibidem*, p. 70.

No dia a dia, para o servo comum, na maior parte da Europa, quem mandava e, portanto, fazia as regras era o senhor daquele feudo, entretanto, como este estava subordinado a um senhor, era vassalo dele, tinha obrigações para com este e contra ele não poderia ir.

A doação do benefício, se feita junto aos direitos de natureza pública (como o de cunhar moedas e fazer justiça), deixava claro a quem pertencia o direito de justiça naquele feudo, contudo, na maior parte, das vezes o senhor continuava nominalmente a deter a jurisdição em toda a sua propriedade, incluindo aí os feudos que tinham sido dados em benefício.

Essa jurisdição do senhor, com o passar do tempo, passou a ser exercida em conjunto ao Conselho de Vassalos, que já tratamos anteriormente. Não obstante estes conselhos, havia também, principalmente nas cidades (no fim da Idade Média), cortes que decidiam sobre questões criminais.

3. Os Direitos da Idade Média

Como a Idade Média nasceu da união do que restou do Império Romano, mais os povos germânicos que invadiram a Europa romana, mais a Igreja Católica que sobreviveu à queda do Império e se fortaleceu durante o período medieval, o Direito na Idade Média não poderia ser composto por outros elementos que não os descritos acima.

Assim, compondo o Direito Medieval como um todo, podem ser vistos os Direitos romano, germânico e canônico (relativo à Igreja).

3.1. Direito Germânico

Como visto anteriormente, os povos que invadiram o Império Romano eram originários da região da Germânia e viviam de forma bastante simples, em cidades ou aldeias. Eram extremamente ligados à terra e a este estilo de vida dava o tom de todas as suas realizações. Eram povos que, em sua absoluta maioria, não utilizavam a escrita e seu direito era, consequentemente, oral e muito influenciado por esta oralidade. Na descrição de Pierre Richè:

> "Para os Germanos não existem nem Estado nem cidades do tipo romano, mas comunidades: tribo, clã, (*sippe*) e família, que são as estruturas da sua vida política e social. [...] A tribo, comunidade de

> família e da aldeia, é dirigida por uma aristocracia de nascimento ou de valor [na guerra], que possui a maior parte da terra [...]."[190]

A principal instituição desses povos é a família, baseada no poder absoluto (*mund*) do pai que compartilha com a sua única esposa, que deve ser sempre exemplo de pureza e tradição familiar. Os filhos até serem "armados" e as filhas até o casamento vivem no seio da família ocupados nos trabalhos domésticos ou na cultura da terra. O jovem ao ser "armado" é considerado maior de idade, porém a família continua juridicamente responsável por ele. É ela que se responsabiliza por seus erros, paga suas dívidas e o vinga.[191]

O direito dos povos germânicos era basicamente consuetudinário (até por não serem escritos) e, como o termo germânico engloba uma série de povos com costumes semelhantes, porém, não iguais, é forçoso falar em direitos germânicos, pois cada tribo tinha sua própria tradição. Em alguns casos eles eram minuciosos no que diz respeito às penas.

A organização judicial é geralmente caracterizada pelo *Wergeld*, de que várias leis de vários povos romano-germânicos nos dão uma medida. Tomando como exemplo a lei visigótica:

> "[...] No direito visigótico, o assassino e a sua família pagarão 300 soldos de ouro pela morte de um homem de 20 a 50 anos; 100 soldos se a vítima tem mais de 65 anos, cálculo muito prático num povo de guerreiros. Por vezes, a minúcia da legislação não deixa de nos espantar."[192]

Quando esses povos invadiram o Império Romano, algumas tribos estabeleceram-se como reinos e, algumas delas, para um melhor controle da população romana conquistada, portanto diferente e acostumada com direito escrito, perceberam a necessidade de confeccionar um direito escrito. Outros reinos optaram por manter a qualquer custo seus costumes e, portanto, a sua legislação. Estes são chamados de Direitos das Monarquias Germânicas. É o início do Direito Medieval, a entrada do elemento germânico na feitura do direito deste período.

---

190 RICHÈ, Pierre. **As invasões bárbaras**. Sintra: Europa-América, [19- -], p. 15.
191 *Ibidem*, p. 16.
192 *Ibidem*, p. 80.

A maior parte das tribos germânicas, mesmo escrevendo suas leis, não vai procurar impô-las aos romanos; o burgúndio será julgado segundo a tradição burgúndia; o visigodo, segundo sua legislação; o romano pela *Lex Romana* e assim por diante. Isso é chamado "Personalidade das Leis" – cada qual leva consigo, para onde quer que vá ou qualquer que seja o soberano, o estatuto jurídico de sua tribo de origem.[193]

3.1.1. O Reino Vândalo

Depois de se fixarem no Norte da África, os vândalos tomaram Cartago e, posteriormente, a Córsega, a Sardenha e parte da Sicília. Chegaram, inclusive, em 455, a saquear Roma. Por causa de divergências políticas e religiosas, o reino vândalo decaiu e eles acabaram conquistados por Bizantinos em 534 e 535. O domínio bizantino durou pouco, porque os árabes tomaram o Norte da África logo depois.

Entretanto, em 477 d.C. os Vândalos, em seu auge, já eram senhores do Norte da África (atual Tunísia e uma parte da Argélia). Uma característica interessante desse povo é que conseguiu fazer coexistir as duas sociedades, dos germânicos e dos romanos, concomitantemente.

A minoria vândala, de aproximadamente 80.000 pessoas, buscou não se misturar com os romanos, principalmente por razões militares e religiosas. Casamentos mistos eram proibidos, e toda conversão ao catolicismo também. Conservaram também as suas leis e seus costumes.

Em contrapartida, os vândalos mantiveram intacta a organização administrativa da África Romana. Estabeleceram grandes domínios, mas mantiveram os que cultivavam no mesmo lugar. Deixaram para os romanos a administração (inclusive aumento) de impostos e o julgamento das causas. O rei é obrigatoriamente vândalo, entretanto ele utiliza na sua corte romanos que redigem leis em latim e o ajudam na administração.[194]

---

193 Hoje em dia utiliza-se, mais comumente, o Princípio da Territorialidade das Leis, que indica que estando em um determinado território o indivíduo, indiferentemente de sua origem, está sujeito às leis daquele território. "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de Direito Internacional, ao crime cometido no Território Nacional." (Código Penal Brasileiro, artigo 5º).

194 *Ibidem*, p. 93.

3.1.2. O Reino Ostrogodo

Em 493, os ostrogodos estabeleceram-se na Península Itálica. A invasão teve apoio dos Bizantinos que desejavam expulsar da região os hérulos, tribo responsável pela queda do último imperador de Roma.

Por causa da educação do rei, Teodorico, a legislação romana foi conservada quase que na íntegra. Teodorico foi educado em Bizâncio, chamado anteriormente de Império Romano do Oriente e, por isso, ele se esmerou em manter a administração romana e sua legislação.

Porém, por causa de divergências religiosas entre os ostrogodos, que eram arianos, e os romanos, que eram cristãos, Teodorico proibiu casamentos entre eles, embora tenha procurado, durante todo o seu reinado, conciliar os dois povos.

Teodorico formou uma confederação com outros povos germânicos para conter os bizantinos, mas a tentativa fracassou, e a península foi tomada por Bizâncio com ajuda da tribo germânica dos Lombardos. Em 553, o reino chegou ao fim.

3.1.3. O Reino Visigodo

Instalados na Península Ibérica, os visigodos, por terem se fundido com a população local, viram seu reino durar mais do que a maioria. O Estado visigótico só será abalado no século VIII com a invasão árabe e, mesmo assim, muitas de suas instituições, inclusive no campo do direito, serão utilizadas até séculos mais tarde.

Até meados do século VII, Hispano-Romanos e Visigodos têm uma dupla legislação. Eles se baseiam na Personalidade das leis, e suas legislações, ainda que escritas, tomam o mesmo caminho. É o caso da mais antiga compilação visigótica, o Código de Eurico, que foi promulgado pelo rei Eurico, por volta do ano de 470.

Em 506, o rei Alarico II manda redigir a lei que foi chamada de *Lex Romana Visigothorum* ou, como preferia o rei, *Breviário de Alarico*. Essa legislação tinha por objetivo restaurar o direito romano imperial, mas manteve a Personalidade das Leis. Esta somente foi suprimida em 654, pelo rei Recesvindo que, suprimindo a Personalidade, promulgou um código unificador, o *Liber Judiciorum*, em doze livros inspirados no Direito Romano.

3.1.4. O Reino dos Burgúndios

Godenbaldo (474-516), rei dos Burgúndios, dominou o centro da Europa, parte do que hoje é a França. Sua legislação, a *Lex Romana Burgundiorum*, é considerada uma compilação de leis extremamente romanizada, principalmente no tocante às regras de direito civil e de processo.

3.1.5. O Reino dos Francos

Este foi um dos reinos mais duradouros e poderosos da Alta Idade Média. O modelo administrativo que implantaram durante séculos serviu de base para o próprio feudalismo.

> "O desenvolvimento da vassalidade e a concessão de benefícios aos vassalos eram provenientes [...] de uma política seguida pelos Carolíngios, que pensavam dessa maneira reforçar sua autoridade própria, engrandecer o poder da monarquia franca. Foram mesmo mais longe: incorporaram as relações feudovassálicas no próprio quadro das instituições do estado."[195]

Eles habitavam, até o século V, às margens do rio Reno (atualmente território da França), quando então começaram a ocupar a Gália pelo Norte, na condição de aliados dos romanos.

A primeira dinastia franca, chamada dinastia dos Merovíngios (descendentes do rei Meroveu), conquistou vastos territórios e durou aproximadamente três séculos. Eles foram sucedidos pela dinastia Carolíngia (descendente de Carlos Magno) que, durando mais dois séculos, aumentou ainda mais o território franco e, principalmente, sua influência política na Europa.

Em termos legislativos, o período Carolíngio foi muito mais legiferante que o período anterior. Entre 744 e 884, por exemplo, podem ser contados mais de duzentos textos legislativos.[196] Essas leis eram

---

195 GANSHOFF, F. L. *Op. cit.*, p. 75.

196 GILINSSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1995, p. 180.

chamadas *Edicta*, *Decreta* ou *Constitutiones* ou comumente de *capitulares*, cujo termo vem de *capitula,* que quer dizer artigo.

As capitulares tinham, geralmente, caráter administrativo. Existiam dois tipos de capitulares, as Capitulares eclesiásticas (organização da Igreja e de Instituições eclesiásticas) e as Capitulares Laicas. Dentre estas últimas, havia as *Capitularia Legibus Addenda* (eram textos a serem aplicados nas mesmas condições das *leges* ou leis), as *Capitularia Missorum* (que continham instruções destinadas aos funcionários reais ou imperiais quando em viagens a serviço) e as *Capitularia Per se Scribenda* (que continham disposições de caráter administrativo ao lado de medidas administrativas).

Havia, na Monarquia Franca, tribunais ordinários que funcionavam em cada *pagus* (ou condado). Esses tribunais, chamados *mallum*, poderiam existir no condado em quantidades muito elevadas e eram compostos por homens livres e presidido por um conde, estes eram assistidos por pessoas com um título bastante sugestivo, os *legem dicere* (dizer o direito).

3.2. O Direito Canônico

Direito Canônico é o nome dado ao Direito da Igreja Católica e é chamado canônico por causa da palavra 'cânon' que, em grego, significa regra.[197] Esse direito foi importantíssimo durante a Idade Média, muito por causa da própria importância da Igreja, muito por ser escrito. O fato de ser escrito dava a esse direito primazia em muitos locais da Europa, visto que a oralidade imperava em um período de analfabetos.

O caráter universal da Igreja e o domínio, quase absoluto, no campo religioso, que esta conseguiu entre os séculos VIII e XV, deram a esse direito um caráter unitário que nenhuma instituição poderia oferecer nesse período.

Aumentando ainda mais a importância desse direito para a Idade Média, o Direito Canônico foi o responsável exclusivo, durante vários séculos, pelo domínio do direito privado, tanto para religiosos quanto

197 O Direito Canônico existe até hoje. A Igreja Católica de tempos em tempos faz um novo Código de Direito Canônico, adaptando-o às novas necessidades que surgem, entretanto, hoje, a influência desse direito no direito laico é mínima, visto que, com Estados montados e centralizados, o Direito Canônico é utilizado somente em questões eclesiásticas.

para leigos. Os tribunais eclesiásticos eram o local de solução de casamentos e divórcios, por exemplo.

O fato de ser escrito era por si uma vantagem, mas esse direito foi também estudado, comentado. Foi objeto de trabalhos doutrinais e, dessa forma, chegou, inclusive, a influenciar direitos dos nossos dias.[198]

Embora possa ser apontado como um direito religioso, a Igreja sempre admitiu, inclusive na escrita dos sucessivos Códigos de Direito Canônicos, a dualidade entre direito religioso e direito laico.

As fontes do Direito Canônico são o *ius divinum* (conjunto de regras que podem ser extraídas da Bíblia, dos escritos dos doutores da Igreja e da doutrina patrística), a própria legislação canônica (formada pelas decisões dos Concílios e dos escritos dos papas – chamados decretais), os costumes e os princípios recebidos do Direito Romano.[199]

Em 313, o Imperador Constantino permitiu às partes submeterem-se, voluntariamente, à jurisdição do bispo de sua região, dando então à decisão episcopal o mesmo valor de uma decisão de um julgamento laico. Posteriormente, foi dado aos clérigos (padres, bispos etc.) o privilégio de foro, que indicava que estes somente poderiam ser julgados, qualquer matéria que fosse, pelos tribunais da Igreja.

No período Carolíngio, em virtude de uma crescente confusão entre o temporal e o espiritual, a Igreja acabou sendo a única a julgar quaisquer assuntos relativos aos sacramentos, incluídos aí as questões relativas ao casamento, a legitimidade dos filhos, divórcio, rapto, nulidade de casamentos etc.

Conforme o poder laico enfraquecia pelo declínio do poder real por causa do feudalismo, a jurisdição eclesiástica aumentava seu poder jurisdicional, mesmo relativamente a leigos. Assim, após o século X, além de poder julgar os padres e religiosos, os tribunais eclesiásticos passaram a ter jurisdição sobre questões envolvendo os Cruzados, o corpo docente e discente de Universidades (que foram até o século XVI instituições eclesiásticas) e as chamadas *miserabiles personas*, viúvas e órfãos quando pediam a proteção da Igreja.

As outras pessoas poderiam ser julgadas pelos tribunais eclesiásticos em caso de infrações contra a religião (como heresias,

198 Não somente existe hoje um Código de Direito Canônico como também várias leis em matéria de direito privado são inspiradas neste direito.

199 Os costumes para serem utilizados como fonte do direito canônico tinham que obedecer a determinadas regras: ser seguido a pelo menos 30 anos, não ofender a razão, ser conforme o direito divino, aos decretos e ao ensino autorizado (GILINSSEN, *op. cit.*, p. 145).

simonias, sacrilégios, apostasias, feitiçarias etc.), adultério, usura (empréstimo a juros), testamento, juramentos não cumpridos e matéria acerca de família.

O processo eclesiástico, ao contrário do laico, era escrito:

> "No cível [...] o queixoso devia entregar o seu pedido por escrito (*libellus*) a um oficial que convocava o réu. Em presença das duas partes, o oficial lia o *libellus*; o réu podia opor exceções; depois do exame destas, o contrato judiciário ficava fixado pela *litis contestatio* [...]. As partes submetiam seguidamente as provas [...] das suas asserções ao juiz; na falta de prova suficiente, o juiz podia ordenar um juramento litisdecisório."[200]

Na área penal, o processo estava atrelado à queixa, à acusação. Até os séculos XII e XIII, era baseado em um tipo de prova chamado "irracional", visto que não pode ser explicado pela razão. Nesse sistema de provas irracionais, recorre-se a uma divindade; por exemplo, para obter justiça, na Idade Média, recorria-se aos ordálios. Estes poderiam ser unilaterais ou bilaterais, dependendo se uma parte ou as duas partes do processo tomavam parte da consulta.

No período medieval, pelo menos até o século XIII, utilizavam-se as provas de ferro em brasa ou de água fervente que se cria que o inocente não se feriria. Outro método era o indivíduo ser mergulhado de pés e mãos atadas em água fria, e a resposta adviria da mesma forma.

Uma outra forma de provar por ordálios era a chamada "prova do cadáver", que consistia em fazer o acusado tocar o defunto sem que este sangrasse. Se o imputado fosse nobre de muito alto nível, um príncipe, um conde, era permitido que este indicasse algum subordinado para participar das "provas".

Os ordálios bilaterais poderiam ser provas de batalha com campeões – na base da luta de espada ou outra forma – ou ainda se colocava os indivíduos em contenda de pé e de braços abertos e o que

200 GILINSSEN, J. *Op. cit.*, p. 141. Juramento litidecisório: exigido suplementarmente para corroborar a prova.

primeiro não aguentasse mais a posição perdia a questão; era chamada de *iudicium crucis* ou julgamento da cruz.[201]

Os ordálios foram condenados pela Igreja a partir do IV Concílio de Latrão em 1215, mas essas práticas sobreviveram na Europa por muitos séculos. A prova do cadáver, por exemplo, foi usada na Alemanha até o século XVI e as do ferro em brasa até pelo menos o século XIX, em algumas regiões como Inglaterra e Rússia.

No fim da Idade Média, utilizou-se largamente, nos tribunais eclesiásticos e nos leigos da mesma forma, o processo inquisitório que trataremos mais adiante.

3.3. O Direito Romano

O Direito Romano, até por sua complexidade e sua força, não poderia deixar de ser utilizado durante a Idade Média e, levando-se em consideração a diferença profunda entre o Direito Romano e o dos invasores, a superposição do direito destes últimos sobre a população romana e romanizada seria impossível.

Nesse sentido foi largamente aplicado o supracitado Princípio da Personalidade das Leis, através da qual o Direito Romano continuou a ser empregado para os romanos e o Direito Germânico para as tribos invasoras.[202] Contudo, nas regiões do Império onde a romanização não foi profunda, o Direito Romano pôde ser prontamente descartado ou pouquíssimo utilizado, dando lugar ao Direito Germânico.

Nas áreas muito romanizadas, como as Penínsulas Ibérica e Itálica, o Direito Romano suplantou o Direito Germânico, este último aparecendo apenas como elemento de atualização de costumes.

Dessa forma, em maior ou menor grau, a Europa Ocidental, principalmente, continuou a servir-se do Direito Romano diretamente ou como fonte de inspiração para novas legislações. Essa utilização de um direito como base para a feitura de outros é chamada de Fenômeno da Recepção.

Na Europa Oriental (Bizâncio), o Direito Romano continuou a ser utilizado durante toda a Idade Média, mas, como do lado ocidental da Europa as invasões produziram fenômenos como os acima vistos, pode-se considerar que, a partir do século XII na Itália e nos séculos seguin-

---

201 *Ibidem*, *passim*.

202 No caso de haver um germânico em disputa judicial contra um romano, a lei do réu era a que valia.

tes em toda a Europa, houve um "Renascimento" do Direito Romano, visto que, com a Formação das Monarquias Nacionais, os recém-centralizados países necessitavam de legislações escritas e organizadas e, dessa forma, a possibilidade mais plausível era apoiar-se no Direito Romano (principalmente no *Corpus Iuris Civilis*).

> "O direito romano, ensinado nas universidades, era encarado como um 'direito erudito', por oposição ao direito efetivamente aplicado nas diversas regiões da Europa Ocidental. Não deixou todavia de se impor cada vez mais até, finalmente, ser reconhecido quase por toda parte como direito supletivo das leis e costumes territoriais e locais. A uma fase de infiltração que, muitas vezes, durou três a quatro séculos, do século XII ao XV, sucedeu-se em vários países o reconhecimento legal do *ius commune* – o direito romano tal como era ensinado nas universidades – como supletivo das leis e costumes; servia para preencher as lacunas do direito em vigor."[203]

Sabedores do Direito Romano eram os advogados, mas estes não eram nada bem vistos na Idade Média. Referindo-se a eles, escreveu São Bernardo ao Papa Eugênio III:

> "Admira-me poderem vossos religiosos ouvidos suportar as discussões dos advogados, esses eternos combates de palavras em que a inocência é freqüentemente imolada e o crime favorecido, e onde, enfim, perde a verdade a sua candura. Fazei calar essas línguas de víboras, que destilam o fel da sátira e o veneno da calúnia; fechai esses lábios impuros, dos quais fluem ondas de iniqüidade."[204]

---

203 *Ibidem*, p. 351.

204 São Bernardo *apud* LINS, Ivan. **A Idade Média**. Rio de Janeiro: Brasílica, 1939, p. 268. Nesta mesma obra (p. 269) o autor cita um verso muito conhecido sobre o santo patrono dos advogados: "Santo Ivo era Bretão, e, coisa que ao povo espanta, advogado sem ser ladrão!"

4. A Inquisição

Um dos temas mais populares do Direito Medieval é a Inquisição, muito embora esta não seja exclusivamente medieval, já que não somente existiu até o século XIX como também foi mais forte durante o início da Idade Moderna.

Durante a Idade Média, a Inquisição era o tribunal especial para julgar e condenar os hereges, pessoas ou grupos que acreditavam em um catolicismo considerado "desviado" ou praticavam atos que, naquele período em que a superstição reinava, eram indicados como bruxaria ou feitiçaria.

Já na Idade Moderna, a formação de muitos dos Estado Absolutistas deve-se, em grande parte, à utilização política do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição (nome completo da Inquisição) que, nas mãos de monarcas ansiosos, por concentrar o máximo de poder, perseguiram através deste vários opositores e conseguiram unificar seus países em torno de Estados centralizados ora minimizando os efeitos de uma invasão estrangeira (no caso da Espanha, principalmente), ora conseguindo mais financiamento para seus planos (no caso da perseguição a judeus, banqueiros, principalmente) ou até mesmo buscando através do Tribunal eliminar quem lhes fizesse oposição.

Pode-se indicar exemplos tais como o da famosa Joana D'Arc. Heroína francesa que foi eliminada (através de processo do Tribunal do Santo Ofício) pelos ingleses e seus aliados franceses como forma de justificar suas vitórias contra a Inglaterra ou ainda dos judeus da Península Ibérica (Portugal e Espanha) que sempre eram mais perseguidos pela Inquisição quanto menos o Estado pudesse honrar seus compromissos com banqueiros de origem semita.

> "Aliás, quanto mais a história avançava, tanto mais absolutistas se tornavam os reis do Ocidente europeu, de tal modo que não podiam tolerar outra instância judiciária autônoma (a eclesiástica) ao lado da instância judiciária civil; esta deveria mais e mais valer-se dos tribunais eclesiásticos para implantar os interesses dos monarcas. A prepotência começou com Felipe IV, o Belo da França, e atingiu o seu auge na Espanha e em Portugal a partir do século XVI: o desejo de unificar a população da península ibérica, com-

> posta de cristãos, judeus e muçulmanos, levou os reis daqueles dois países a pedir e obter do Papa a instalação da Inquisição segundo os seus propósitos, mediante homens por eles nomeados, provocando sérios conflitos na Santa Sé, que mais de uma vez se recusou a reconhecer o procedimento da Inquisição na península ibérica; aliás, no final da vigência desta instituição, já não se dizia *Inquisição Eclesiástica*, mas sim *Inquisição Régia*."[205]

4.1. O Tribunal do Santo Ofício e os Tribunais Seculares

O processo inquisitorial não era diferente em nada do processo comum da Idade Média e da Idade Moderna, estes se misturavam e se influenciavam profundamente. É interessante notar que o que moveu Cesare Beccaria (que veremos em um capítulo adiante) a escrever contra o processo penal de sua época (século XVIII) é praticamente idêntico ao que será descrito a seguir, e o italiano não criticou o Tribunal Eclesiástico, mas os Tribunais laicos.

Como visto anteriormente, no regime feudal, a jurisdição pertencia ao senhor da terra e todas as pessoas que viviam sob seu domínio estavam também sob sua jurisdição. O chamado "sistema acusatório" era o que vigorava (e o que vigorou durante séculos). Nesse sistema, o julgamento era meramente um confronto e não estava formada a noção de "interesse público", no que diz respeito a punir crimes.

O direito de acusar, portanto, pertencia somente à parte lesada (o indivíduo ou no caso deste ter morrido, um membro de sua família) e sem que houvesse queixa era impossível instaurar o processo.

O procedimento era público, oral e formalista:

> "No dia fixado, as partes compareciam pessoalmente perante a assembléia formada pelos seus pares, sob a presidência do senhor feudal ou de um seu representante. O autor apresentava sua queixa de viva voz, através de rígidas fórmulas tradicionais, sem cometer nenhuma falha que permitisse ao adversário proclamar nula a de-

205 BETTENCOURT, Estevão Tavares. *Apud* GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu mundo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15.

> manda. Em seguida, competia ao acusado responder de imediato, uma vez que o silêncio equivalia a uma confissão. A defesa tinha de consistir em negações exatamente ajustadas aos termos da acusação, refutando-a palavra por palavra, *de verbo ad verbum*."[206]

O julgamento era tal qual um duelo de fato, acusador e acusado batiam-se verbalmente (sob juramento de dizer a verdade e com testemunhas se possível) e reconhecia-se a razão daquele que vencesse o embate. A explicação para esse procedimento era a de que o mentiroso, consciente de sua culpa, combateria com menos veemência até porque Deus, sabedor de quem era a razão, facilitaria a sua derrota. Como visto anteriormente, também poderia se recorrer aos ordálios.

No regime feudal, o juiz estava na posição de árbitro, a ele cabia somente verificar a presença ou não de provas formais concludentes. O julgamento era imediato e oral e dele não cabia recurso e, se o réu fosse considerado culpado, a sanção era, geralmente, de caráter patrimonial (como a perda do feudo, por exemplo).

Não havia qualquer intenção de considerar as pessoas iguais perante a lei, isso apesar de esse conceito não poder ser desconhecido para os homens medievais ou pelo menos para os estudiosos da Idade Média, visto que, conforme pôde ser visto no capítulo sobre a Legislação Mosaica, está na Bíblia, no livro do Deuteronômio (1, 16-17), que todos devem ser tratados igualmente diante da Justiça. E a Bíblia é, com certeza, o livro mais conhecido do período medieval.

A tortura não era aplicada a nobres, e penas para plebeus e nobres eram diferenciadas. Por exemplo, a pena de morte para nobres era mais rápida e – se assim podemos considerar – mais indolor, já que nobres eram decapitados enquanto plebeus morriam enforcados.[207]

O processo penal não era estipulado rigidamente, o juiz tinha poderes extremos e advogados, tanto de defesa quanto de acusação, eram dispensáveis, visto que ele tratava diretamente com o acusado.

206 GONZAGA, J. B. *Op. cit.,* p. 22.

207 Outro exemplo eloquente dessa diferenciação é dado pelas Ordenações Filipinas (de 1603), sobre o crime de adultério: "Mandamos, que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada *stiver*, morra por *ello*. Porém se o adultero for de maior condição, que o marido *della*, *assi* como, se o tal adultero fosse fidalgo, e o marido *Cavalleiro*, ou *Scudeiro* [...], não farão as Justiças *nelle execução*." *Apud* Gonzaga, *op. cit.*, p. 27.

O réu deveria se defender sozinho, a questão era pessoal entre o juiz e o acusado. Esse procedimento foi implantado pela Justiça comum em conformidade com a Justiça Eclesiástica (geralmente ocorria o contrário) que considerava que o réu deveria ser acompanhado por um juiz quase que como um guia espiritual.

Outra questão muito prejudicial ao réu era a confidencialidade completa com a qual muitas vezes o processo seguia. A origem do processo muitas vezes era baseada em acusações secretas, todos os atos subsequentes eram mantidos em segredo, inclusive as provas.

As provas eram "classificadas" pelo valor atribuído a cada tipo. Quanto à natureza, as provas poderiam ser: – vocais (testemunhos e confissão); – instrumentais (escritos e objetos); – conjecturais (presunções). Quanto à espécie, eram distintas as perfeitas e as imperfeitas.

A prova mais utilizada era a prova testemunhal e, nesse sentido, foi cuidadosamente regulamentada, sendo distinguidas várias categorias de testemunhas. Uma só testemunha não bastava, assim como não eram válidos os testemunhos de mulheres, criminosos, pobres (em certos casos e para certos juristas) e mendigos.

A testemunha mais válida e mais completa da Idade Média e da Idade Moderna era o próprio réu e sua confissão, esta era considerada a rainha das provas, a *probatio probatissima*; somente com essa "prova" era possível comprovar a culpa.[208] Para alcançar essa tão estimada "prova", lançava-se mão da tortura colocando o réu na situação de seu próprio juiz. A resistência do indivíduo era o ponto da balança da "justiça".

A tortura poderia ser utilizada como pena ou como meio de obtenção de prova e era amplamente aceita. Não houve voz – que conheçamos – na Idade Média ou na Idade Moderna (até o Iluminismo) que tenha se levantado com veemência contra a tortura. As leis se limitavam a ordenar ou permitir a tortura, regulamentando seu uso, geralmente apoiando-se nos costumes.

> "Algumas leis dispunham que o réu somente deveria ser supliciado várias horas após haver ingerido alimentos, quando já se achasse portanto enfraquecido. Exigiam-lhe então, primeiro, o juramento de que diria a verdade. Em seguida, lhe

208 A maioria dos juristas atuais não gosta tanto da prova testemunhal (que chamam de "prostituta das provas"), nem confia tanto na confissão (que pode ser gerada por medo, altruísmo, insanidade, interesse etc.).

> apresentavam os instrumentos que seriam utilizados, com explicações sobre o seu funcionamento. Se, para evitar o tormento, ou no seu desenrolar, o paciente confessasse o que lhe era exigido, levavam-no para outro lugar, seguro e confortável, onde ele deveria ratificar a confissão. Se esta não fosse ratificada, voltava-se à tortura, em dias subseqüentes."[209]

Mas, se as provas haviam sido classificadas para diminuir o poder dos juízes, o mesmo não ocorria com a interpretação das leis, de tal maneira que os juízes eram livres para interpretar a legislação confusa e obscura que eles facilmente poderiam considerar punível ou não um mesmo comportamento.

As penas eram extremamente variadas. O que não era usada era a pena de prisão, já que não existiam prédios construídos para tal fim; a prisão era utilizada como meio processual não como sanção.[210] Mas trabalhos forçados eram comuns, bem como exílio, degredo, desterro etc.

Um outro tipo de pena que não feria fisicamente o condenado era a de "morte civil", uma das penas mais cruéis e danosas não somente para o apenado como também para todos que o cercavam. Esta suprimia todos e quaisquer direitos do indivíduo. O condenado tornava-se um morto em vida, porque todos os direitos eram suspensos: desapareciam os laços jurídicos tanto maritais quanto patriarcais, a cidadania e os direitos patrimoniais eram suprimidos, abria-se o processo de herança para seus sucessores, tudo o que o indivíduo conseguisse daí para frente não poderia ser utilizado por ele.

Outras penas não físicas eram a "infâmia", as multas e o confisco de bens no qual todo o patrimônio do indivíduo passava para o tesouro Real, colocando na miséria não só o condenado, mas também toda a sua família e todos os que dependiam dele.

Fisicamente, as penas poderiam ser tantas quantas a imaginação desejasse.[211] A mais leve (e nem por isso amena) era a do pelourinho, na qual o apenado era amarrado em praça pública, portando um cartaz que revelava seu crime.

---

209 Gonzaga. *Op. cit.*, p. 33.

210 Instituições prisionais só começaram a surgir a partir do século XVI. A primeira foi em Amsterdã em 1595, para homens, e logo depois para mulheres.

211 Açoites, mutilações múltiplas (de orelhas, olhos, dentes, membros etc.), esmagamento de membros.

> "A justiça atuava sobre o corpo de alguém por quatro razões. Primeiro, com o recurso processual da tortura [...]. Depois, havia o castigo corporal propriamente dito, como sanção única ou como providência punitiva acessória, preliminar à pena de morte. Por fim, existiam medidas corporais com finalidade, digamos, acautelatória."[212]

Penalidades corporais poderiam ser aplicadas como medidas preventivas e, por isso, havia mutilações que serviam para avisar a todos que vissem o indivíduo que ele era um elemento perigoso. Queimaduras poderiam ser feitas também para indicar o local do crime, no qual, obviamente, era conhecido o "histórico" do sujeito.

A pena de morte era utilizada para muitos crimes, mas, antes de se desejar eliminar o perigo que o indivíduo poderia oferecer à sociedade, desejava-se a vingança, por isso, o modo pelo qual a pena era aplicada e o que se fazia antes de permitir a morte do apenado era o ponto alto da sanção. Nesse sentido a morte era um alívio, mais que um castigo.[213]

Muito utilizado era o atenazamento, no qual os carrascos, com tenazes, arrancavam partes do corpo do condenado, cobrindo com piche ou chumbo ou cera para impedir que o sujeito sangrasse demais e morresse.

As penas de morte utilizadas eram impostas, entre outras formas, por esquartejamento (com os membros amarrados em animais), fogo, roda, forca e decapitação. A roda era uma das mais temidas, porque o sujeito era amarrado em uma roda e atacado violentamente com porretes na altura dos rins e nos braços e pernas (que se quebravam) esperando, de cabeça para baixo, a morte chegar.

Essa brutalidade do processo e das penas pode ser entendida através de vários fatores que são, para nós, hoje, ainda um tanto incomodamente próximos. As penas eram formas de vingança e não formas de inserir o indivíduo novamente na sociedade. Os crimes eram tão comuns quanto a morte em batalhas "justas". Ou não havia o Estado para proteger o cidadão, ou este não tinha meios para fazê-lo. Por fim, a pobreza e a ignorância eram tamanhas que não era possível à população entender outros meios de processo e de pena.

---

212 Gonzaga. *Op. cit.*, p. 41.

213 Nas Ordenações Filipinas havia oitenta tipos de crimes que eram punidos com a morte, inclusive o de "alcoviteiro".

CAPÍTULO VIII
O ISLÃ

1. Introdução

O Direito Muçulmano, nascido na Idade Média, hoje é a base da vida de cerca de um quinto da humanidade, independentemente de suas nacionalidades. Isso se dá porque este é um direito que resulta da religião que professam. É portanto, um direito utilizado largamente na atualidade, visto que a religião islâmica cresce em todo mundo e é o meio de unidade de vários países.

Não há como negar a presença do livro sagrado dos Muçulmanos no dia a dia do mundo atual. Khomeiny aparecia nos telejornais afirmando que mulheres deviam se cobrir, adúlteros e adúlteras deveriam ser apedrejados (ou lapidados, no termo mais utilizado), homossexuais deveriam ser mortos, bebidas alcoólicas, dança e escolas mistas deveriam ser proibidas, tudo em nome do Alcorão.

Através de interpretações do livro sagrado dos muçulmanos, mulheres são obrigadas a ter o corpo todo coberto, não podem ter sequer identidade civil em alguns países, não têm direito algum sobre os filhos e são condenadas à morte, mesmo em casos comprovados de estupro.

Nomes como Osama Bin Laden ecoam como anjos vingadores em nome do Alcorão e da religião muçulmana. O Ocidente teme as facções do Islã que consideram inimigo todo aquele que não compartilha de suas ideias, o Ocidente treme diante da possibilidade de ver essa inimizade transformar-se em atos que podem matar milhares ou até milhões de pessoas.

> "[...] temos assistido nos últimos anos ao renascimento do Islã militante que, invocando ainda o Alcorão, está transformando a vida de muitos países desde o norte da África até o sul da Ásia. Em nome dele, as bebidas alcoólicas são proibidas em todo o reino da Arábia Saudita. Em nome dele, um ladrão é açoitado em praça pública no Paquistão. Em nome dele, milhões de mulheres muçulmanas continuam ou voltam a

cobrir o rosto com um véu. Em nome dele, 40 dos 152 países do mundo formam uma aliança internacional que poderia exercer uma influência decisiva naquela zona explosiva das contendas internacionais onde começará provavelmente a III Guerra Mundial, se é que ainda não começou."[214]

2. O Ambiente do Surgimento do Islã

O Islã surgiu na Arábia no século VII d.C., especificamente na região situada na junção da Ásia e da África, entre o Mar Mediterrâneo e o Oceano Índico. Sendo um movimento político-religioso, ele transpôs rapidamente as fronteiras da Arábia alcançando a Ásia, o Norte da África e a Europa, pela Península Ibérica.

Graças à expansão, a população islâmica manteve intenso contato com os povos que sucederam o Império Romano, como os Germânicos. Na Europa espalhou medo através de Guerras Santas, através da desconfiança e da ignorância dos Cristãos. Muitas vezes contribuiu para a interiorização de populações litorâneas, outras interagiu com grupos locais, deixando de herança vocabulário, hábitos alimentares, técnicas agrícolas etc.[215]

Os beduínos, como eram chamados os árabes do deserto, tinham uma vida bastante difícil, permeada por constante ameaça de fome e guerra. A região central da Península Arábica é formada por desertos de zonas pedregosas, dunas, rios secos e oásis que apresentam poços de água em meio à exuberante vegetação. São eles que possibilitam a vida nesse local, entretanto são temporários.

Antes de o Islã surgir, as tribos viviam tentando garantir a posse destes oásis. Quando um poço secava, o povo que vivia ao seu redor migrava procurando outro e ao encontrá-lo tentavam expulsar as tribos que viviam no local. Aos vencedores o prêmio era a sobrevivência através da posse do oásis e todos os bens dos vencidos.

A população de beduínos era extremamente numerosa, a poligamia era uma prática comum e, embora produzissem tâmaras e

---

214 CHALLITA, Mansour. O que você deve saber para aproveitar plenamente a leitura do Alcorão. In: **O Alcorão** (trad. Mansour Challita). Rio de Janeiro: ACIGI, [20- -], p. 16.

215 Muitas palavras do português atestam essa afirmação, bem como a culinária Ibérica.

trigos e criassem ovelhas, cabras e camelos, não era geralmente suficiente para alimentar toda a população.

As cidades litorâneas ofereciam melhores condições de vida, a agricultura era possível, e o comércio era desenvolvido. No final de cada ano, os beduínos realizavam suas compras em Meca ou Yatreb, importantes centros comerciais do litoral árabe. Meca era uma cidade com forte apelo religioso, lá estava o poço sagrado de Zen-Zen, o Vale da Mina, o monte Arafat (centro de peregrinações noturnas), a Caaba.

Antes do Islã, eles eram politeístas, seus deuses eram representados por ídolos depositados no santuário da cidade de Meca em um templo quase "cúbico" chamado Caaba (que quer dizer cubo em Árabe); para lá deveriam ir os beduínos, em data fixa no ano, para realizar a peregrinação.[216] Esse edifício de quinze metros de altura, dez de comprimento e doze de largura tem suas especificidades que são descritas assim por Jomier:

> "Uma pedra preta, objeto de veneração, estava e está engastada no ângulo leste da Caaba, do lado de fora, à altura do peito de um homem. Há muitas histórias sobre a origem dela, mas apesar de tudo esta ainda permanece obscura. O conjunto [da Caaba] formava um panteão no qual se havia colocado todo tipo de estátuas e de pedras sagradas. Havia até um ícone de Jesus e de Maria, segundo certos textos. Esse templo era o centro de um culto pagão, com adoração de pedras sagradas, de divindades estelares etc. Todavia, um Deus supremo – Allah em árabe –, o Deus criador, dominava os outros deuses."[217]

3. A Fundação do Islamismo

O Islamismo tem um fundador, Mohamad (nome que foi aportuguesado para Maomé). Sua vida, sua história, são a própria essência

216 Quando chegavam a Meca os Beduínos praticavam um cerimonial: iam ao Vale da Mina para apedrejar o demônio, passavam a noite meditando no Monte Arafat, bebiam da água do poço sagrado, beijavam a pedra negra que estava na Caaba, davam sete voltas em torno desta construção e depois estavam purificados para retornarem a sua vida quotidiana.

217 JOMIER, Jacques. **Islamismo:** história e doutrina. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 15 e ss.

do Islamismo. Ele é, até hoje, o exemplo a ser seguido, o guia do Islã. O islamismo em nascimento tem um ambiente a ser compreendido. Além dos desertos, duas cidades são personagens principais desta natividade: Meca e Medina.

Meca está situada a menos de cem quilômetros do Mar Vermelho, a meio caminho entre Aden, no Oceano Índico e Gaza, no Mediterrâneo. Medina está localizada a mais de quatrocentos quilômetros de Meca, bem mais longe do mar, mas era um oásis que abrigava uma grande comunidade de Judeus.

Meca era uma cidade de comércio, um centro de peregrinações. A cada ano, no inverno, uma caravana de cidadãos de Meca ia procurar em Aden (no Oceano Índico) mercadorias provenientes da Índia. Esses produtos, no verão, eram redistribuídos, através de caravanas, para a Síria e o Egito, para daí partirem para o sul.

Mohamad nasceu em Meca no ano de 570 d.C. Era de uma família de notáveis da cidade que havia perdido sua influência. Ele perdeu o pai mesmo antes de nascer e a mãe aos seis anos. Cresceu exercendo o comércio, empreendendo viagens comerciais e, aos vinte e cinco anos, casou-se com Khadija, uma rica viúva de quarenta anos para quem trabalhava como homem de confiança.

Em 610, aproximadamente, Mohamad fez um retiro longo em uma gruta no monte Hira (que fica a alguns quilômetros de Meca), em pleno deserto e lá teve um sonho (ou uma visão segundo algumas tradições). Ele viu um ser sobre-humano que lhe dava a ordem de recitar um texto:

> "Em nome de Deus, Muito Bom e Misericordioso:
> Recita em nome do teu Senhor que criou:
> Que criou o homem de um grumo de sangue coagulado.
> Recita: Teu Senhor é Muito Generoso
> que ensinou graças ao junco para escrever,
> que ensinou ao homem o que este não sabia."[218]

Nos dois ou três anos seguintes nada mais ocorreu. No ano de 612 os fenômenos recomeçaram. O modo pelo qual ocorriam não está bem claro: há textos que descrevem uma visão celeste, outros assinalam

218 *Ibidem*, p. 19.

que Mohamad se encontrava em “estado de conturbação fisiológica” durante esses momentos. Ele ouviria ruídos indistintos até que, pouco a pouco, a mensagem tornava-se clara.[219]

Os muçulmanos consideram essas mensagens como tendo sido ditada pelo Anjo Gabriel e foram reunidas, alguns anos após a morte de Mohamad, em um livro: O Alcorão.

Começando por pregar aos comerciantes de sua terra natal, o profeta passou a ser perseguido, o que o fez passar a pregar aos Beduínos, que não tinham riquezas a defender. A tribo coraixita, que era maioria em Meca, perseguiu o Profeta intensamente, principalmente após a morte de sua esposa e de seu tio, que o protegiam. Isso gerou sua retirada da cidade e sua ida para Iatreb, que hoje chama-se Medina (*Medinat en Nabi*, isto é, cidade do Profeta). Essa fuga ficou conhecida como Hégira e marcou o primeiro ano do calendário muçulmano.

Em Medina, Mohamad passou a ter atribuições também políticas e buscou centralizar o poder inclusive através da nova religião que pregava. Após algum tempo passou a ensinar também a Guerra Santa contra aqueles que se posicionavam contrariamente ao Islamismo. Inicialmente o Profeta voltou-se contra os Judeus de Medina, contrários à sua religião e liderança e, posteriormente, atacou os coraixitas de Meca. Quando o número de seguidores do Islamismo tornou-se grande, Mohamad tomou Meca, destruiu seus ídolos e transformou a Caaba no centro religioso do Islamismo.

Mohamad morreu em Medina, dez anos após a Hégira (ano 632 do nosso calendário). Após sua morte muitas disputas aconteceram, no seio do mundo islâmico, no sentido de apontar ou manter sucessores para a posição de chefia (religiosa e política) que o Profeta ocupara. Seguindo a letra do Alcorão, somente os parentes do Profeta poderiam substituí-lo, mas a tradição dizia o contrário.

Baseados nessa incoerência, surgiram duas facções rivais: os sunitas e os xiitas. Os coraixitas que haviam aderido à religião de Mohamad juntaram-se aos sunitas e passaram a disputar o poder com os parentes do Profeta.

219 *Ibidem*, p. 20 e ss.

4. O Direito dos Muçulmanos

O Direito Muçulmano é mais bem titulado como "O Direito dos Muçulmanos", assim o é porque, sendo um direito intrinsecamente religioso, ou é atualmente o Direito efetivo de alguns países de religião islâmica ou é base do direito de países islâmicos.

> "Numerosos Estados de população Muçulmana continuam a afirmar, nas suas leis e muitas vezes nas suas constituições, a sua ligação aos princípios do Islã. A submissão do Estado a estes princípios é, assim, proclamada pela constituição em Marrocos, na Tunísia, na Síria, na Mauritânia, no Irã e no Paquistão; no Afeganistão e na República Árabe do Yêmen; os códigos civis do Egito (1948), da Síria (1949), do Iraque (1951) convidam os juízes a preencher as lacunas da lei seguindo os princípios do direito muçulmano; a Constituição do Irã e as leis da Indonésia prevêem os princípios do direito muçulmano."[220]

Podemos afirmar mais absolutamente do que no caso de qualquer outro direito, que este é religioso, tendo em vista que "não é uma ciência autônoma, mas uma das faces da religião".[221] Além disso, a principal sanção compreendida nesse direito é o estado de pecado, dessa forma o direito muçulmano preocupa-se, geralmente, muito pouco com sanções nas regras que prescreve e, pelo mesmo motivo, somente é aplicável aos fiéis.

É na puberdade que o muçulmano torna-se obrigado à lei, isso porque considera-se que, a partir desse período, o indivíduo possui o uso da razão. É costume preparar as crianças para o momento a partir do qual deverão obedecer a lei islâmica.

As fontes do direito muçulmano são quatro: o Alcorão, livro sagrado da religião muçulmana (que trataremos amiúde mais a frente); a *Suna*, tradição relativa ao profeta, sua vida e suas decisões; o *Idjmâ'*,

220 DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 419.
221 GILINSSEN, J. *Op. cit.*, p. 119.

acordo unânime da comunidade; e o *Qiyâs*, que é o raciocínio por analogia.

A *Suna* é de extrema importância para a religião e para a legislação islâmica, é o conjunto de atos, palavras e silêncios, comportamentos do Profeta Mohamad. Cada uma das ações do Profeta constituem um *hadîth*, estes foram compilados nos séculos VIII e IX.

Embora o Alcorão seja considerado como O Livro do Islã, no que diz respeito ao direito, a maioria absoluta dos muçulmanos concorda que ele não é suficiente como legislação, que necessita ser precisado, mesmo se somado também à *Suna*. Podemos tomar como exemplo o caso do aborto, conforme indica Jomier:

> "No caso do aborto, que é estritamente proibido a partir do momento em que o feto é um ser vivo (todo o infanticídio é normalmente proibido), coloca-se a questão de saber quando ocorre a animação. Como a maioria dos sábios muçulmanos opinam pela animação a partir de 120 dias, muitos doutores da lei permitem o aborto durante os três primeiros meses da gravidez, proibindo-o, por prudência, a partir do quarto mês."[222]

Então, além do livro sagrado, a opinião dos doutores em (certa) unanimidade – chamado *Idjmâ'* – também é considerada na formação da *Sharî'a* – palavra árabe para lei. Se esse acordo é alcançado, não mais caberá contestação, porque segundo um *hadîth* de Mohamad: "A minha comunidade nunca chegará a acordo sobre um erro".[223]

Portanto, o *Idjmâ'* é considerado como a interpretação infalível e definitiva do Alcorão e da *Suna*. Essa doutrina foi construída entre os séculos VIII e IX (do ano 100 ao ano 300 da Hégira no calendário muçulmano).

O ano de 922 d.C. (300 da Hégira) é apontado pelos Muçulmanos como a data limite da possibilidade de interpretação das fontes da "Lei Revelada", assim sendo, desde então, a doutrina é imutável.

Os sábios desse período aplicaram princípios diferentes, dando origem a escolas jurídicas diversas; entre esses princípios podemos

---

222 JOMIER, J. *Op. cit.*, p. 87.

223 GILINSSEN, J. *Op. cit.*, p. 120.

apontar a própria *Idjmâ'*, o interesse comum chamado *istiçlâh*, a interpretação pessoal (*ra'y*) e o *qiyâs*, raciocínio por analogia.

Durante a Idade Média predominou a escola dos *ash'aritas,* que partia do pressuposto de que o bem provinha unicamente do bel-prazer de Deus. Atualmente há várias escolas (também chamadas ritos) que muitas vezes diferem entre si por causa de detalhes mínimos. São quatro as escolas que nos dias de hoje podem ser indicadas como principais:

- √ Escola Hanafita: cujo fundador foi Abu Hanîfa, morto em 767. Essa escola é encontrada atualmente na Turquia, na Índia, na China e tem adeptos nos países que historicamente pertenceram ao Império Otomano. Esse rito baseia-se na razão primordialmente, tendo uma tendência mais liberal na interpretação das fontes.
- √ Escola Malekita: Malik, que morreu em 795, foi o fundador dessa escola que está presente na Arábia, na África do Norte e Ocidental, no Sudão e no Alto Egito. Os malekitas insistem no recurso ao princípio da utilidade geral, do bem comum.
- √ Escola Shafi'ita: fundada por Al-Shafi'i, morto em 855. Esse rito tem forte presença no Baixo Egito, na Síria, na Arábia Meridional, Malásia, Indonésia e África Oiental. Baseando-se no recurso da analogia, essa escola busca unir a tradição e o consenso (não somente dos sábios, mas de toda a comunidade muçulmana).
- √ Escola Hanbalita: Ibn Hanbal, falecido no ano de 855, fundou essa escola extremamente tradicionalista que se encontra atualmente somente na Arábia.

5. O Alcorão

O Alcorão, o livro sagrado dos Muçulmanos, é tratado por eles como sendo de autoria divina, pois Mohamad teria ouvido do anjo Gabriel as palavras de Alah e transmitido para os Crentes.

Mas não foi Mohamad quem escreveu o Alcorão, ele não sabia ler ou escrever. Quando falava seus seguidores retinham suas palavras na memória (o que era comum na época) ou a escreviam no mais variado tipo de materiais, qualquer que estivesse à mão, como pele de cabra, omoplatas de camelos, folhas de tamareiras, pergaminhos, pedras.

Após a morte de Mohamad, seu sucessor, de nome Abu Bakr, resolveu encarregar Zaid Ibn Thabet de reunir todos os fragmentos das palavras do Profeta como meio de impedir que estas se perdessem. O terceiro sucessor de Mohamad mandou organizar o livro da maneira que chegou até os dias de hoje.

Os textos foram repartidos em 114 suras ou capítulos, subdividos em versículos. Cada sura tem um título que não resume o assunto como comumente um título o faz, é apenas uma palavra que existe no meio da sura que foi retirada para servir de título. Cada sura é como uma preleção. As suras e os versículos variam muito em extensão e não sabemos por que não foram organizadas de maneira cronológica e sim por tamanho, já que as maiores aparecem primeiro, e as menores são deixadas para o fim.

A mensagem alcorânica pode ser divida, de forma simplista, em duas partes: o corpo de mensagens de Meca (82 suras) e o de Medina (28 suras). As mensagens de Meca são basicamente religiosas e dizem respeito ao Monoteísmo, ao bom trato de convivência entre os crentes e à obediência a Alah. Mas, quando o Profeta teve que mudar-se de Meca para Medina por causa de perseguições e nessa cidade tornou-se um líder religioso, político e militar, isto ficou refletido em suas mensagens.

> "Ao emigrar, em julho de 622, para Medina, oásis situado a oito dias de marcha para o norte de Meca, Maomé ratifica o divórcio com o politeísmo mequense. Mas, além disso, a Emigração constitui mutação fundamental pelo conseqüente rompimento com a ancestralidade tribal. Daí em diante, manifestar-se-á no Islão a propensão a transformar-se num quadro social e religioso, em que os Crentes estarão submetidos a uma nova lei, cujas raízes estarão na revelação alcorânica. [...] Nada perde de sua simplicidade; sente-se, porém, investido da autoridade de chefe de uma comunidade teocrática que, pressionada pelas circunstâncias, manifesta suas exigências e carece da definição empírica de regras e de instituições rudimentares [...]."[224]

224 BLACHÈRE, R. **O Alcorão**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969, p. 44.

Excetuando-se questões diárias muito interessantes contidas no Alcorão, esse documento tem uma mensagem muito simples: ele anuncia o juízo final e o que um bom crente deve fazer para evitar as ameaças de fogo eterno. Mas, mesmo nesse sentido, o Alcorão tem dois momentos específicos; as mais antigas insistiam em questões relativas à justiça social; depois, pouco a pouco as ameaças objetivam àqueles que rejeitam a unidade de Deus ou que não aceitam Mohamad como o Profeta e o líder espiritual e político do Islã.

5.1. Alguns Pontos do Alcorão

a) A infalibilidade do Alcorão

Um dos dogmas mais profundos do Islamismo e, por conseguinte, de seu Livro Sagrado é a infalibilidade deste e do Profeta escolhido por Alah para difundir suas palavras. Dessa forma afirma já na segunda sura:

> "Este é o livro de que não se pode duvidar, um guia para os que temem ao Senhor."[225]

b) Justiça e Equidade

Em um sentido geral, a sociedade muçulmana é igualitária, visto que não reconhece sacerdócio. Logo, para a lei, todos devem ser tratados de maneira igual, pois são idênticos na fé.

> "Ó vos que credes, sede firmes na distribuição da justiça, testemunhando por Deus, mesmo contra vós mesmos ou contra vosso pai, vossa mãe e vossos parentes, trate-se de um rico ou de um indigente. Deus vela sobre todos. Não vos deixeis levar pelas paixões e sede justos. Se vacilardes ou vos omitirdes, Deus o saberá."[226]

c) Recompensa daqueles que cumprem a Lei

225 Alcorão, II, 02.
226 Alcorão, IV, 135.

Um dos pilares da fé islâmica é a recompensa espiritual dada àqueles que são fiéis à crença e à punição com o inferno para aqueles chamados infiéis. Nesse sentido, o Alcorão promete um paraíso muito semelhante ao que, provavelmente, um crente à época de Mohamad consideraria como uma ótima vida na terra.

> "Anuncia aos que crêem e praticam o bem que deles será o Paraíso onde correm os rios; cada vez que lhe provarem os frutos, exclamarão: 'São iguais aos que comíamos na terra'. Lá terão esposas puras, e lá permanecerão para todo sempre."[227]

d) Pena de Talião

Para o Alcorão a aplicação do Princípio da Pena de Talião é prevista, inclusive com exemplos.

> "Na lei de talião está a proteção de vossas vidas, ó homens sensatos. E possais temer a Deus."[228]

Como no caso da guerra:

> "Se vos atacarem no mês sagrado, atacai-os nos mês sagrado. E que as profanações sejam castigadas pela pena de talião. Aqueles que vos agredirem, agredi-os da mesma forma. Porém, temei a Deus. E lembrai-vos de que Ele está com os piedosos."[229]

e) Homicídio

O Princípio da Pena de Talião também deve ser aplicado quando do homicídio, entretanto está aberta a possibilidade de perdão. Quando há o perdão do homicídio, um parente da vítima deve ser indenizado.

227 Alcorão, II, 25.
228 Alcorão, II, 179.
229 Alcorão, II, 194.

> "Ó vós que credes, a pena de talião é prescrita contra quem infligir a morte: homem livre por homem livre, escravo por escravo, mulher por mulher. E aquele que for perdoado pelo irmão da vítima deve comportar-se honradamente e indenizá-lo no maior espírito. É um alívio e uma misericórdia a vós proporcionados pelo vosso Senhor. Quem depois de agredir será rigorosamente castigado."[230]

f) Alimentos Proibidos

Na doutrina muçulmana os animais são divididos em puros e impuros. Os puros podem sê-lo por essência ou por terem sido purificados, da mesma forma os impuros, que podem ser considerados dessa forma por serem essencialmente impuros ou por não terem sido purificados.

Assim, para os sunitas, os cristãos e judeus são impuros porque não se purificam e para os xiitas são impuros em si mesmos. Nesse sentido um sunita poderá comer na casa de um judeu ou um cristão, desde que os pratos apresentados só contenham alimentos puros, já um xiita não comeria na casa de um cristão ou um judeu.[231]

Algumas proibições alimentares específicas (em termos de que animal pode ser comido) são muito semelhantes às do Antigo Testamento, como a que proíbe a carne de porco. Outras são proibidas no Antigo Testamento, como a carne de camelo, sendo liberadas para os muçulmanos.

De um modo geral, o sangue e, portanto, o animal que não foi sangrado ao ser morto, o porco, as bebidas alcoólicas, certos animais (incluindo o burro) e répteis são considerados impuros e são, por conseguinte, proibidos. Peixes são liberados, e qualquer carne sacrificada a qualquer ser que não seja Alah é terminantemente proibida.

Essas proibições somente podem ser atenuadas pela necessidade:

> "Ele vos proíbe somente o animal morto, o sangue e a carne de porco, e tudo que tenha sido sacrificado sob a invocação de um nome que não o Seu. Aquele, contudo, que for forçado pela necessidade sem desejar transgredir ou se rebelar não pecará. Deus é clemente e misericordioso."[232]

230 Alcorão, II, 178.
231 JOMIER, J. *Op. cit.*, p. 150.
232 Alcorão, II, 173.

g) Bebidas e Jogos

Bebidas e jogos são colocados no mesmo patamar de proibições que alimentos. Entretanto, no caso dos jogos, caso o crente o faça, deverá abster-se de gastar o necessário para a sua vida e de sua família, podendo gastar somente o supérfluo.

> "Interrogar-te-ão sobre o vinho e os jogos de azar. Responde: 'Neles, há culpa grave e alguma utilidade para os homens. Mas neles, a culpa é maior que a utilidade'. E perguntarão: 'O que deveremos gastar?' Responde: 'O supérfluo'. Assim Deus esclarece Suas revelações. Quiçá reflitais."[233]

h) Usurpação e suborno

Há, no Alcorão, a previsão e a proibição de suborno a juízes, principalmente para, através deste, apropriar-se de bens alheios.

> "Não usurpeis os bens uns dos outros por meios ilícitos, e não os empregueis para subornar os juízes e apoderar-vos, intencional e injustamente, de bens alheios."[234]

i) Peregrinação e condições

A peregrinação é considerada um grande "perdão" que, em sendo bem-feita, pode proporcionar a remissão dos pecados. Todo muçulmano adulto, livre que disponha dos recursos necessários para viagem, sem prejudicar a sobrevivência da família, tem obrigação de efetuar a peregrinação. Essa peregrinação também deve ser feita por muçulmanas, desde que sejam acompanhadas.

> "E cumpri a peregrinação e a visitação. Em caso de impedimento, enviai uma oferenda dentro de vossas disponibilidades. E não rapeis a cabeça até que a oferenda tenha atingido seu destino. Se alguns de vós estiverem doentes ou sofrerem de

233 Alcorão, II, 219.
234 Alcorão, II, 188.

> moléstia na cabeça, que compensem com jejum, esmolas ou oferendas. Em tempos de paz, quem de vós cumprir a peregrinação e a visitação ao mesmo tempo, que faça uma oferenda dentro dos seus recursos. Quem não puder fazê-lo, que jejue durante três dias no decorrer da peregrinação e sete dias após a sua volta, ou seja, ao todo dez dias. Isso para aqueles que não tiverem parentes entre os vizinhos da Mesquita Sagrada. E temei a Deus. E lembrai-vos de que Ele é severo no castigo."[235]

Alguns atos são proibidos para a peregrinação:

> "Efetuai a peregrinação nos meses determinados. Quem a empreender deve abster-se da cópula, da depravação e das brigas [...]."[236]

j) Casamento

Sendo a família a célula elementar da sociedade muçulmana, o casamento é a base de sua formação. Assim, na sociedade muçulmana estar casado é a situação considerada normal para homens e mulheres. Há uma tradição que afirma que Mohamad teria dito que "o casamento é a metade da religião".

Tendo em vista que é através do casamento que se obtêm a concessão social para a maternidade e a paternidade, ele é essencial, principalmente porque é de opinião geral entre os muçulmanos que um homem e, principalmente, uma mulher, só atingem seu apogeu após terem filhos.

O casamento em si é feito em dois tempos. Primeiro se assina um contrato entre o marido e o representante legal da futura mulher (o pai ou o parente masculino mais próximo). Para a validade do contrato a mulher deve dar seu consenso, para isso o silêncio dela é o suficiente.

O contrato especifica questões materiais, o dote principalmente. Uma vez assinado, os dois cônjuges são considerados casados e a ruptura deste contrato é igualada ao divórcio.

---

235 Alcorão, II, 196.

236 Alcorão, II, 197.

O casamento só se completa após a noite nupcial que é celebrada solenemente e durante a qual o marido e a mulher se isolam para consumar sua união. Para atestar a virgindade exigida da esposa que nunca foi casada um pano com sangue derivado do defloramento é mostrado aos convidados com toda pompa e circunstância.

As famílias interferem diretamente no casamento, até porque este não era "apenas uma união entre marido e mulher, mas também entre duas famílias. Na época do harém e da separação entre homens e mulheres, esta intervenção era indispensável".[237]

Durante a vida do Profeta havia o casamento temporário, chamado *mut'a*, que significa desfrute. Hoje os sunitas consideram esse tipo de casamento ilícito, afirmando que Mohamad o proibiu, já os xiitas consideram como uma forma de casamento lícito.

Sendo assim tão importante, o casamento foi regulamentado objetivamente pelo Alcorão, sobretudo no tocante a proibições e pessoas proibidas para o casamento. Dessa forma são proibidos os casamentos com não-muçulmanos.

> "Não desposeis as idólatras até que se convertam: uma escrava crente é preferível a uma idólatra, mesmo que vos agrade. E não deis vossas filhas em casamento a idólatras até que se convertam: um escravo crente é preferível a um idólatra, mesmo que vos agrade.[...]"[238]

Lembrando-nos que era necessário regulamentos específicos para os convertidos nômades que tinham tabus sociais um pouco mais frouxos, o Alcorão indica proibições que em outras culturas seriam previamente estipuladas por interditos sociais.

> "E não vos caseis com as mulheres que foram esposas de vossos pais, exceto em casos já consumados. Seria uma abominação, uma obscenidade e um péssimo comportamento."[239]

> "Estão-vos proibidas vossas mães, vossas filhas, vossas irmãs, vossas tias paternas e maternas,

237 JOMIER, J. *Op. cit.*, p. 141.
238 Alcorão, II, 221.
239 Alcorão, IV, 22.

> vossas sobrinhas, vossas madrastas que vos amamentaram, vossas irmãs de leite, vossas sogras, vossas enteadas que estão sob vossa proteção, nascidas de mulheres nas quais penetrastes – se não tiverdes penetrado nelas, não sereis censurados – e as mulheres de vossos filhos gerados por vós. Está-vos proibido também casar-vos com duas irmãs, exceto em casos já consumados. Deus é perdoador e clemente."[240]

O casamento entre adúlteros é permitido, entretanto uma pessoa que não cometeu adultério não pode casar-se com uma que cometeu. Ao adúltero (ou adúltera) é permitido casar-se com uma pessoa não muçulmana.

> "O adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra; e adúltera não poderá ser tomada em casamento senão por um adúltero ou um idólatra. Tais uniões são vedadas aos crentes."[241]

Há a proibição do casamento com mulheres casadas, mas é lícito às mulheres escravas. Estas últimas devem ser tratadas com respeito e devem ser procuradas para o casamento, não devendo ser tomadas apenas para a satisfação sexual.

> "Estão-vos proibidas as mulheres casadas, exceto as cativas que, por direito, possuis. Tal é a lei de Deus. São lícitas para vós todas as outras que não foram mencionadas. Podeis procurá-las com vossas riquezas para o casamento e não para a libertinagem. Às mulheres de que gozastes, dai as pensões devidas. E não sereis censurados pelo que for livremente convencionado entre vós, além das prescrições legais. Deus é conhecedor e clemente."[242]

240 Alcorão, IV, 23.
241 Alcorão, XXIV, 03.
242 Alcorão, IV, 24.

> “Aqueles dentre vós que não têm posses para desposar mulheres crentes e livres deixai-os desposar as crentes jovens que legalmente possuis. Deus conhece vossa fé. Todos vós procedeis uns dos outros. Desposai-as com a autorização dos seus donos e pagai-lhes os dotes convencionais como mulheres honradas e não como libertinas ou angariadoras de homens.[...] Esse casamento com servas é permitido para quem receia cometer fornicação. Contudo, melhor para vós seria abster-vos. Deus é indulgente e misericordioso.”[243]

k) Poligamia

O Alcorão abre a possibilidade de um homem casar-se com várias mulheres. Entretanto, no Islã hoje, nos países em que a poligamia é permitida, duas condições são impostas: primeiro que o número de esposas não ultrapasse quatro e, em segundo, que o marido trate a todas com equidade, sem favorecer a nenhuma.

Além das esposas também é possível para o homem ter concubinas, principalmente tomando as escravas.

Há controvérsias atualmente sobre a poligamia e J. Jomier indica os principais argumentos favoráveis e contrários a essa prática. As razões indicadas para a continuidade da prática são: Mohamad e seus primeiros companheiros tinham várias esposas; as necessidades sexuais dos varões são mais imperiosas que as da mulher; quando uma catástrofe natural ou uma guerra diminui o número de homens, somente a poligamia permite a todas as mulheres casarem; a poligamia aberta e franca é melhor que a hipocrisia dos monógamos que praticam o adultério.[244]

> “[...] desposai quantas mulheres quantas quiserdes; duas ou três ou quatro. Contudo, se não puderdes manter igualmente entre elas, então desposais uma só ou limitai-vos às cativas que por direito possuis. Assim ser-vos-á mais fácil evitar as injustiças.”[245]

243 Alcorão, IV, 25.
244 JOMIER, J. *Op. cit.*, p. 145.
245 Alcorão, IV, 03.

l) Mulheres

Sem dúvida o Alcorão foi escrito para os homens e sobre as mulheres. Elas são colocadas em uma situação nitidamente inferior ao homem, subordinadas aos homens. Em termos gerais, o casamento é considerado o único objetivo da vida de uma muçulmana; todo resto deve ser subordinado a isso.

As qualidades intelectuais de uma mulher eram subestimadas conforme podemos conferir na afirmação da Sura XLIII, 17/18, que afirma que a mulher é um ser que "cresce entre as ninharias e não é claro na discussão".

Nesse sentido, a mulher é colocada como desfrutável pelo marido, estando à mercê da vontade masculina.

> "Vossas mulheres são vosso campo a lavrar. Lavrai vosso campo quando o desejardes. Mas cuidai, antes, de vossas almas e temei a Deus e lembrai-vos de que O encontrareis um dia. E anuncia as boas novas aos crentes."[246]

O que é utilizado como razão básica para a autoridade do homem sobre a mulher é a "superioridade masculina" dada por Deus e o fato de que estes são os provedores delas.

> "Os homens têm autoridade sobre as mulheres pelo que Deus os fez superiores a elas e porque gastam de suas posses para sustentá-las. As boas esposas são obedientes e guardam sua virtude na ausência de seu marido conforme Deus estabeleceu. Aquelas de quem temeis a rebelião, exortai-as, bani-as de vossas camas e batei nelas. Se vos obedecerem, não mais as molestei. Deus é elevado e grande."[247]

As mulheres devem manter um pudor completo, não devem exibir seu corpo, sequer devem olhar as pessoas nos olhos. Em público a mulher deve usar um véu.

246 Alcorão, II, 223.
247 Alcorão, IV, 34.

O uso do véu atualmente é controverso mesmo entre os países muçulmanos. Há países que não exigem nenhum tipo de cobertura para a mulher; há outros que exigem um simples véu sobre a cabeça; outros impõem que a mulher mostre somente os olhos em público. Um comentador do Alcorão no século XV, chamado Jalalayn, especificava que as mulheres deveriam esconder todo o seu rosto, exceto um olho.[248]

> "E dize às crentes que baixem o olhar e preservem o pudor e não exibam de seus adornos além do que aparece necessariamente. E que abaixem seu véu sobre os seios e não exibam seus adornos senão a seus maridos ou pais ou sogros ou filhos ou enteados ou irmãos ou sobrinhos ou damas de companhia ou servas ou criados despojados do apelo sexual ou às crianças que nada sabem da nudez da mulher. E que não façam tilintar ao andar os anéis de seus pés com a intenção de revelar suas jóias escondidas. E vós, todos, crentes, arrependei-vos a Deus. Quiçá vençais."[249]

Para o Alcorão, a prática de esconder-se sobre véus não é obrigatória para mulheres idosas, porém é recomendável.

> "As mulheres que atingiram a menopausa e não esperam mais o casamento não serão censuradas por tirarem os vestidos externos sem, todavia, mostrar seus adornos. Mas se se abstiverem será melhor para elas. Deus ouve tudo e sabe tudo."[250]

E a mulher menstruada é considerada impura e deve ser evitada.

> "Interrogar-te-ão sobre a menstruação. Responde: 'É uma mácula. Afastai-vos das mulheres durante a menstruação. E não volteis a elas até que sejam purificadas. E então as procurai por

248 JOMIER, J. *Op. cit.*, p. 136.
249 Alcorão, XXIV, 31.
250 Alcorão, XXIV, 60.

> onde Deus vos mandou. Deus ama os que voltam para Ele, arrependidos, e mantêm-se limpos."[251]

m) Adultério

O adultério é considerado falta grave no Alcorão. Quando tomado o adultério feminino, a pena pode ser severíssima.

> "Aquelas de vossas mulheres que forem suspeitas de adultério, chamai quatro testemunhas dos vossos contra elas. Se as testemunhas testemunharem, confinai-as então em vossas casas até que a morte as leve ou até que Deus lhes indique um caminho."[252]

Quando se trata de adultério em um sentido geral (de homens e mulheres), a questão apresenta uma contradição: ao mesmo tempo em que há a previsão de perdão para os adúlteros arrependidos...

> "Quando dois dentre vós cometerem um adultério, castigai-os. Mas se se arrependerem e se emendarem, deixai-os em paz. Deus é perdoador e clemente."[253]

Há a imposição de não ter pena deles e aplicar o castigo de qualquer jeito perante as testemunhas...

> "A adúltera e o adúltero, castigai cada um deles com açoites; e não tenhais pena deles na religião de Deus se credes em Deus e no último dia. E que um grupo de crentes assista ao castigo."[254]

Se a esposa for uma serva e cometer adultério, a pena deve ser 50% menor do que para mulheres livres que cometerem o mesmo delito.

---

251 Alcorão, II, 222.
252 Alcorão, IV, 15.
253 Alcorão, IV, 16.
254 Alcorão, XXIV, 02.

> "[...] Se depois de casadas [as servas], incorrerem em adultério, sofrerão só a metade do castigo prescrito para as mulheres livres [...]."[255]

De qualquer forma o adultério é considerado com bastante seriedade e, no Alcorão, há previsão de meios de evitar a leviandade no que diz respeito a acusar, principalmente, uma mulher. Não somente testemunhas são necessárias em número de quatro, como também, em não havendo testemunhas, o juramento de homens e mulheres sob pena de cometimento de pecado tem o mesmo peso.

> "Quanto àqueles que acusarem de adultério as próprias esposas sem apresentarem testemunhas além de si mesmos, deixai que cada um testemunhe quatro vezes, jurando por Deus que está dizendo a verdade, e uma quinta vez conjurando a maldição de Deus sobre si caso estiver mentindo. Mas ela não será castigada se jurar quatro vezes, por Deus, que seu acusador mente, e uma quinta vez conjurando a maldição de Deus sobre si mesma caso ele esteja falando a verdade."[256]

Essa seriedade é levada ao ponto de haver pena prevista para o indivíduo que acusa, sem testemunhas, uma mulher de adultério.

> "E aqueles que acusarem de adultério uma mulher honrada sem apresentar quatro testemunhas, castigai-os com oitenta açoites e nunca mais lhes aceites testemunho. São eles os depravados, exceto os que se arrependem e se emendam. Deus é perdoador e misericordioso."[257]

n) Divórcio

A palavra árabe que denomina divórcio significa repúdio e, mais especificamente, "mandar embora". O homem tem primazia nesse direito e, para isso, não é necessário que ele preste contas a ninguém

---

255 Alcorão, IV, 25.
256 Alcorão, XXIX, 06 – 09.
257 Alcorão, XXIV, 4-5.

do seu ato, embora, com isso, possa abalar as relações entre as famílias. À mulher só cabe ter essa iniciativa se houver no contrato de casamento a explicitação desse direito e se isso for permitido pela escola jurídica predominante do lugar onde vive.

O Alcorão insiste em regras para esse repúdio, mesmo porque o divórcio não é bem visto. Um adágio muçulmano afirma: "o repúdio é a mais odiosa das coisas lícitas".

Por exemplo, é dado um prazo de quatro meses para o divórcio definitivo, provavelmente com o intuito de evitar o divórcio e incentivar a reconciliação.

> "Aos que juram de não mais tocar suas mulheres é concedido um prazo de quatro meses, no fim do qual ou voltam a elas (ou elas podem pedir o divórcio). Deus é perdoador e compassivo."[258]

Ao repudiar a mulher, o objetivo não deve ser prejudicá-la. Por isso, ela não deve ser retida além do prazo estipulado.

> "Quando vos divorciardes das mulheres, esgotado o seu prazo, podereis guardá-las conforme os bons costumes ou libertá-las conforme os bons costumes. Mas não as retenhais para prejudicá-las ou agredi-las. Quem o fizer será iníquo para consigo mesmo. [...]"[259]

Em caso de divórcio, assim como de viuvez, a mulher deve esperar alguns meses para casar-se novamente. Isso ocorre para que o novo marido, bem como o antigo – ou a família deste –, tenha certeza de que a mulher não está grávida.

> "As divorciadas devem observar na abstinência o prazo de três menstruações, e não lhes é permitido ocultar o que Deus tiver criado nas suas entranhas se acreditam em Deus e no último dia. Nesse prazo, seus maridos terão o direito de retomá-las de volta se desejarem a reconciliação. As

258 Alcorão, II, 226.
259 Alcorão, II, 231.

> mulheres têm direitos correspondentes a suas obrigações; mas os homens a superam de um degrau. Deus é poderoso e sábio."[260]

Em caso de divórcio, se o marido desejar, a mulher poderá ser retomada, desde que ela ainda esteja livre. Mas, ao repudiar a mesma mulher por três vezes, ele não pode retomá-la antes que ela se case com outro e se divorcie deste.

> "O divórcio revogável é permitido até duas vezes. Depois, tereis que vos reconciliar com elas conforme os bons costumes ou repudiá-las com benevolência. E não vos é permitido retomar seja o que for do que lhes tiverdes dado – a menos que ambos receiem não poder obedecer às leis de Deus. Nesse caso, ela querendo sua libertação, é-lhe permitido pagar algo ao marido, e é permitido ao marido aceitá-lo. Tais são os limites de Deus. Quem os transgredir estará entre os prevaricadores."[261]

> "O homem que repudia uma mulher não poderá desposá-la novamente até que ela se case com outro homem. Repudiada por este último, os esposos anteriores poderão unir-se de novo desde que respeitem a lei de Deus. Essa é a lei de Deus que Ele esclarece para os que compreendem."[262]

Há ainda uma reparação traduzida pela libertação de um escravo, quando da intenção de retomar a esposa.

> "Aqueles que repudiam as esposas dizendo-lhes: 'Serás doravante tão ilícita para mim quanto as costas de minha mãe,' cometem um equívoco condenável e um perjúrio. Suas esposas não são suas mães. Suas mães são aquelas que os geraram. Deus, porém, é perdoador e clemente. E os

260 Alcorão, II, 228.
261 Alcorão, II, 229.
262 Alcorão, II, 230.

> que repudiam assim a esposa e, depois, retiram suas palavras, devem libertar um escravo antes de voltar a tocá-la. Sois exortados a assim proceder. Deus observa o que fazeis. Quem não possuir escravos deverá jejuar dois meses consecutivos antes que os dois voltem a tocar-se. E quem não puder jejuar deverá alimentar sessenta necessitados. Isso para que creiais em Deus e em Seu Mensageiro. Tais são os limites de Deus. Um castigo doloroso espera os descrentes."[263]

Após a separação, a guarda dos filhos mais novos – até sete anos – fica com a mulher (se ela for considerada honrada), que deve devolver os filhos ao marido após essa idade. Se, durante o divórcio, a mulher estiver grávida, o marido deve sustentá-la até o fim do aleitamento.

> "E instalai-as onde vós estais instalados, de acordo com vossos recursos. E não as maltrateis para forçar sua saída. Se estiverem grávidas, sustentai-as até que dêem à luz. E se amamentarem para vós, pagai-lhes um salário, e deliberai juntos conforme os bons costumes. Contudo, se encontrardes dificuldades mútuas, que outra mulher seja encarregada do aleitamento."[264]

Há a preocupação com o sustento da mulher divorciada. Na maior parte dos casos, a mulher recebe a totalidade de seu dote.

> "As divorciadas têm também direito a recursos para uma vida condigna. É dever para os homens de bem."[265]

Deverão ser protegidas mesmo as mulheres que são repudiadas antes da consumação do casamento. Nesse caso, o homem deve pagar à mulher a pensão preestabelecida no contrato ou, se não houver nada estabelecido, o homem deve não deixar a mulher desamparada.

---

263 Alcorão LVIII, 2-4.
264 Alcorão, LXV, 06.
265 Alcorão, II, 241.

> “Não sereis censurados por repudiardes as esposas que não tocastes e a quem não fixastes uma pensão. Mas provede-lhes as necessidades segundo os bons costumes, o rico conforme seus recursos e o pobre conforme seus recursos. É uma obrigação para os homens de bem.”[266]

> “E se vos divorciardes delas sem as terdes tocado, mas após fixar-lhes uma pensão, pagai-lhes a metade do que foi convencionado, a menos que elas ou o seu tutor o recusem. Recusar é, realmente, mais próprio. E não deixeis de vos tratar mutuamente de maneira honrada. Deus observa o que fazeis.”[267]

o) Testamento e Herança

O testamento é previsto no Alcorão. Está indicado na lei muçulmana que a herança deixada pode ser dividida em duas partes: a primeira e mais importante é automaticamente partilhada entre os herdeiros, a outra pode ser deixada em testamento.

> “É-vos prescrito, quando algum de vós é visitado pela morte, possuindo bens, deixar um testemunho eqüitativo em favor dos pais e dos parentes próximos. Tal é o dever dos que temem ao Senhor.”[268]

E deve ser levado extremamente a sério, não podendo ser mudado por quem o escreve.

> “Quem alterar as disposições do testador após as ter ouvido terá que responder por seu crime. Deus ouve tudo e sabe tudo.”[269]

266 Alcorão, II, 236.
267 Alcorão, II, 237.
268 Alcorão, II, 180.
269 Alcorão, II, 181.

Entretanto, se quem escreve o testamento perceber que há uma injustiça, pode modificá-lo.

> "Mas quem, suspeitando uma injustiça ou um erro, da parte do testador, harmonizar os interesses dos herdeiros e os reconciliar não será culpado. Deus é clemente e misericordioso."[270]

No caso da primeira parte da herança, antes citado, a divisão entre os herdeiros deve ser feita conforme indicada pelo Alcorão. Filhas recebem menos que filhos, mães menos que pais e irmãos mais que a mãe do defunto.

> "Eis o que Deus vos prescreve: quando morre um de vós, deixando bens e filhos, o filho varão herdará o dobro da filha e se houver somente filhas, receberão dois terços da herança, mas, se houver uma filha só, receberá apenas a metade. Morrendo o filho, cada um dos pais receberá a sexta parte, caso o defunto tenha filhos. Se a herança couber exclusivamente aos pais, a mãe receberá um terço, e o pai, dois terços. Caso o defunto tiver também irmãos, a mãe receberá a sexta parte. Tudo isso depois de executados os legados e pagas as dívidas. Entre vossos pais e vossos filhos, não sabeis quem é mais benéfico para convosco. Tal é a lei de Deus. Deus é conhecedor e sábio."[271]

As quotas percentuais são estipuladas também para esposos e a família da mulher falecida.

> "A vós a metade da herança de vossas esposas se elas não tiverem filhos, e a quarta parte em caso contrário, depois de executados os legados e pagas as dívidas. E a elas, um quarto de vossa herança se não tiverdes filho, e um oitavo em caso contrário, depois de executados os legados e

---

270 Alcorão, II, 182.
271 Alcorão, IV, 11.

> pagas as dívidas. E se um homem ou uma mulher não tiverem nem ascendentes nem descendentes, mais deixarem um irmão ou uma irmã, a ele ou a ela a sexta parte. E se forem mais de um irmão, co-herdarão a terça parte, depois de executados os legados e pagas as dívidas. É uma prescrição de Deus. Deus é conhecedor e clemente."[272]

São estabelecidos pelo Alcorão também os percentuais devidos no caso de não haver herdeiros.

> "Consultar-te-ão a respeito da herança de um falecido sem ascendente nem descendente. Dize: 'Se um homem morrer sem ter filhos, mas tendo uma irmã, ela herdará a metade da herança. E ele herdará todos os bens dela, se ela morrer primeiro sem deixar filhos. Se houver duas irmãs, herdarão os dois terços dos bens deixados. Se houver irmãos e irmãs, caberá a cada homem o dobro de cada mulher'. Deus revela-vos Suas leis para que não erres. Deus está a par de tudo."[273]

p) Viúvas

As viúvas devem ter proteção após a morte do marido, entretanto, para o Alcorão, o sustento que deve ser dado à viúva não deve ser vitalício. E ela não pode casar-se antes de um prazo de quatro meses.

> "As viúvas devem respeitar na abstinência um prazo de quatro meses e dez noites após a morte do marido. Esgotando o prazo, não sereis censurados pelo modo como elas dispõem de si mesmas conforme os bons costumes. Deus observa o que fazeis."[274]

---

272 Alcorão, IV, 12.
273 Alcorão, IV, 176.
274 Alcorão, II 234.

> "E aqueles dentre vós que falecem, deixando viúvas, devem prover, por testamento, a sua manutenção durante um ano, dentro de vossas próprias casas, sem que possam ser expulsas. Se, contudo, elas próprias preferem sair, não sereis censurados pela maneira que elas dispuserem de si mesmas. Deus é poderoso e sábio."[275]

q) Órfãos

O Alcorão indica preocupação com os órfãos.

> "Acerca deste mundo e do outro. E interrogar-te-ão sobre os órfãos. Responde: 'Cuidar deles num espírito de justiça é o melhor. Se misturardes seus negócios com os vossos, lembrai-vos de que eles são vossos irmãos. Deus distingue o bom do malvado; e se Ele quisesse, sobrecarregar-vos-ia. Deus é poderoso e sábio."[276]

> "E dai ao órfão o que lhes pertence, e não substituais o bom pelo ruim. E não junteis seus bens aos vossos. Cometeríeis grave delito."[277]

r) Adoção

No caso de adoção, o adotivo permanece com o nome dos pais biológicos.

> "Dai a vossos filhos adotivos os sobrenomes de seus pais: é mais eqüitativo ante Deus. Se não conheceis aos pais, considerai-os então vossos irmãos na religião e vossos aliados. Não sereis responsabilizados por vossos enganos, mas pelo que vossos corações premeditam. Deus permanece perdoador e misericordioso."[278]

---

275 Alcorão, II, 240.
276 Alcorão, II, 220.
277 Alcorão, IV, 02.
278 Alcorão, XXXIII, 05.

s) Moral Sexual e Celibato

A moral sexual alcorânica é rígida, inclusive para homens. A continência é de praxe antes do casamento e mesmo um homem que não tem dinheiro para casar-se deve, segundo uma tradição bem arraigada, jejuar para não perder o domínio de si. Na realidade a sociedade é mais permissiva com relação ao homem, mas eles não devem se descuidar totalmente, porque está em jogo a honra da família.

> "Não sereis censurados por fazer às mulheres propostas de casamento, nem por as desejar no segredo de vossas almas. Deus sabe que não as podeis esquecer. Mas não procureis encontrar-vos com elas às escondidas. E se o fizerdes, dirigi-lhes palavras honradas. E não consumais o casamento antes do prazo prescrito para elas no Livro. E lembrai-vos de que Deus sabe o que há em vossos corações. Sede, pois, prudentes em relação a Ele. Deus é clemente e magnânimo."[279]

Entretanto, para os muçulmanos, o celibato não é bem visto. Todos devem, sempre que possível, se casar.

> "E casai os celibatários dentre vós e as pessoas de bem dentre vossos escravos e escravas. Se forem pobres, Deus os enriquecerá com Sua graça. Deus é vasto onisciente."[280]

A moral sexual é rígida suficiente para proibir que as servas sejam prostituídas por seus donos.

> "Aqueles a quem faltam recursos para o casamento, devem manter-se castos até que Deus os enriqueça de Sua graça. Quanto a vossos escravos que solicitam uma proclamação de libertação, concedei-lhas se sabes que há bem neles, e gratificai-os com algo dos bens que Deus vos

279 Alcorão, II, 235.
280 Alcorão, XXIV, 32.

> outorgou. E, na vossa ânsia pelos bens deste mundo, não constranjais vossas escravas à prostituição se preferem a castidade. Se forem compelidas, Deus lhes perdoará. Deus é clemente e misericordioso."[281]

t) Difamação e Injúria

A difamação é condenada objetivamente com a ameaça do Juízo Final.

> "Os que difamam as mulheres honradas, reservadas, crentes, serão amaldiçoados neste mundo e no outro e receberão um castigo doloroso no dia em que suas próprias línguas e mãos e pernas testemunharem contra eles."[282]

> "Ó vós que credes, que nenhum homem ridicularize o outro. Talvez o ridicularizado seja melhor do que aquele que o ridiculariza. E que nenhuma mulher ridicularize outra, quem sabe qual delas é a melhor? Não vos difameis uns aos outros e não vos injurieis. Péssima é a injúria após a fé. Os que não se arrependem, são eles os agressores."[283]

u) Endividamento e Juros

O Alcorão, assim como o Antigo Testamento, proíbe o empréstimo a juros. A diferença entre os dois documentos é que, enquanto no Antigo Testamento a proibição se restringe ao empréstimo entre israelitas, no Alcorão a proibição é geral.

> "Os que vivem de juros não se levantarão de seus túmulos como aquele que o demônio esmaga. É porque dizem: 'O juro é como o comércio.' Mas, na verdade, Deus permitiu o comércio e proibiu o juro. Aquele que desistir após receber a exone-

281 Alcorão, XXIV, 33.
282 Alcorão, XXIV, 23-24.
283 Alcorão XLIX, 11.

> ração do Senhor poderá guardar o que ganhou e disso tratar com Deus. Mas os que reincidirem serão os herdeiros do Fogo onde permanecerão para todo o sempre."[284]

Os juros são proibidos, mas o empréstimo não. Ele deve ser feito depois de efetuar-se um contrato escrito com as promessas das partes.

> "Ó vós que credes, quando contrairdes uma dívida por prazo determinado, registrai-a, e que um escriba anote vossos compromissos. E que nenhum escriba se recuse a fazê-lo conforme Deus lhe ensinou. Que registre, pois, as declarações do devedor, e que tema a Deus, seu Senhor, e se guarde de nada omitir. Se o devedor for um insensato ou se for um débil mental ou um ignorante, que seu tutor dite por ele com eqüidade. Acrescentai o testemunho de duas testemunhas dentre vossos homens, e, na falta de dois homens, de um homem e de duas mulheres; pois se uma delas se equivocar a outra ajudará. E que nenhuma testemunha se recuse quando solicitada. Não deixeis, por preguiça, de registrar a dívida, grande ou pequena, e seu vencimento. Tal procedimento é mais correto diante do Senhor, mais eqüitativo para as testemunhas, e mais apto a vos poupar dúvidas. A menos que se trate de uma operação que executais de mão a mão. Nesse caso, não sereis censurados por não a registrar. Apelai para testemunhas quando negociais. E não coajais nem o escriba nem as testemunhas. Se o fizerdes, cometereis uma abominação. E temeis a Deus. Ele vos ensina, e Ele tem conhecimento de tudo."(sic)[285]

Se não houver possibilidade de realizar um contrato escrito, uma caução é exigida.

---

284 Alcorão, II, 275.
285 Alcorão, II, 282.

> "Se estiverdes viajando e não encontrardes um escriba, garanti-vos com uma caução. E se tiverdes confiança um no outro, que aquele que recebe a caução a restitua, e que tema a Deus, seu Senhor. E não escondais o testemunho; pois quem o fizer peca no seu coração. Deus sabe tudo o que fazeis."[286]

E, apesar do contrato, o Alcorão aconselha que se tenha parcimônia com os devedores que não tenham condições de pagar.

> "Dai prazo ao devedor em dificuldade até que se recupere. E se puderdes perdoar, melhor será para vós. Se soubésseis!"[287]

v) Inviolabilidade de Domicílio

O Alcorão indica como proceder no caso de entrada no domicílio dos outros. Isso é explicável porque havia a necessidade de regulamentar essa questão que era novidade para os primeiros muçulmanos, os nômades do deserto.

> "Ó vós que credes, não entreis nas casas dos outros sem antes anunciar a vossa presença, invocando a paz sobre seus habitantes. Assim é melhor para vós. Possais lembrar-vos. Se não encontrardes lá ninguém; assim mesmo não entreis até que vos seja dada permissão. E se vos for dito: 'Retirai-vos', então retirai-vos. É mais correto para vós. Deus observa o que fazes."[288]

Mas a previsão da inviolabilidade de domicílio pode ser atenuada, caso haja pertences do invasor na casa.

> "Não sereis censurados por entrardes em casas inabitadas onde haja objeto que vos pertence.

286 Alcorão, II, 283.
287 Alcorão, II, 280.
288 Alcorão, XXIV, 27-28.

> Deus sabe o que revelais e o que ocultais. E Ele vos observa."[289]

w) Despojos de Guerra

As questões de guerra se relacionam diretamente com as questões dos despojos (os bens tomados do inimigo na guerra). O Alcorão contém numerosas prescrições sobre essa matéria. Os despojos serviriam para os pobres, mas sempre um quinto pertenceria ao Profeta.

> "Todos os despojos tomados dos habitantes das cidades e destinados por Deus a Seu Mensageiro pertencem a Deus, a Seu Mensageiro e seus parentes, aos órfãos, aos necessitados, aos viajantes, e não devem permanecer no círculo dos opulentos dentre vós. O que o mensageiro vos conceder, aceitai-o; o que ele vos proibir, abstende-vos dele. E temei a Deus. Ele é duro no castigo."[290]

> "Os espólios pertencem também aos pobres dentre os emigrantes, os quais, despojados de suas casas e posses, almejam a graça e o beneplácito de Deus e prestam socorro a Deus e a Seu Mensageiro. Esses são os homens de lealdade genuína. Pertencem também aos que se instalaram antes deles no país e na fé, que acolheram com afeto os que emigraram para eles e não lhes invejam as gratificações recebidas ainda que eles mesmos sofram de penúria, pois preferem-nos a si mesmos. E aqueles que vencem a própria avareza são eles os vitoriosos."[291]

x) Privilégios do Profeta

Mohamad era não somente o líder espiritual, mas também o líder político da cidade de Medina e dos Muçulmanos. Nesse sentido, apa-

289 Alcorão, XXIV, 29.
290 Alcorão, LIX, 07.
291 Alcorão, LIX, 8-9.

recem no Alcorão soluções de situações que seriam exclusivas e privadas do Profeta.

É assim que o Alcorão praticamente "chama a atenção" das mulheres do Profeta acerca do uso de adornos.

> "Ó Profeta dize a tuas esposas: 'Se é a vida terrena que quereis, com seus adornos, vinde: dar-vos-ei vossa provisão e libertar-vos-ei com benevolência. Mas se for Deus e Seu Mensageiro e a última morada que quereis, Deus preparou para as virtuosas dentre vós uma recompensa magnífica. Mulheres do Profeta, quem dentre vós cometer uma indecência flagrante, receberá um castigo dobrado. É coisa fácil para Deus. E quem dentre vós permanecer submissa a Deus e a Seu Mensageiro, e praticar o bem, receberá uma recompensa dobrada. E para ela, preparamos generosas provisões'."[292]

As mulheres do Profeta têm prerrogativas que não necessariamente se traduzem em privilégios. Elas são mais visadas, portanto, devem ser mais contidas que as outras muçulmanas (que já deviam ser bastante comedidas).

> "Mulheres do Profeta, vós não sois como as outras mulheres. Se temeis a Deus, evitai ser obsequiosas na conversação para não provocar a luxúria dos quem têm a doença no coração. Usai palavras discretas e cautelosas. Permanecei em vossos lares; e não exibais vossos adornos como faziam as pagãs de antanho. E observai a oração, e pagai o tributo dos pobres, e obedecei a Deus e a Seu Mensageiro. Deus só quer preservar-nos de toda mácula, mulheres da casa do Profeta, purificar-vos. E decorai o que for recitado em vossos lares das revelações de Deus e dos ditos dos sábios. Deus é amável e onisciente."[293]

292 Alcorão, XXXIII, 28-31.
293 Alcorão, XXXIII, 32-34.

Mohamad tinha pessoalmente privilégios, ele podia ter quantas mulheres desejasse e para ele não havia, até certo ponto, proibições como havia para os demais muçulmanos.

> "Ó Profeta, tornamos legais para ti as tuas esposas que dotaste e as escravas que Deus te outorgou e as filhas de teus tios paternos e maternos e de tuas tias paternas e maternas que imigraram contigo e qualquer outra mulher crente que se oferecer ao Profeta e que ele quiser desposar: privilégio teu, com exclusão dos demais crentes – sabemos o que lhes impusemos com relação às suas esposas e escravas – para que ninguém possa censurar-te. Deus é perdoador e misericordioso."[294]

O Alcorão acalma as esposas do Profeta colocando sob a vontade dele procurar suas mulheres conforme sua vontade.

> "Podes adiar a companhia de quem quiseres entre elas e chamar a ti quem quiseres. E se procurares essas que havias desprezado, não serás censurado. É mais provável que elas estejam assim satisfeitas e não mais se aflijam e que todas estejam felizes com o que lhes concederes. Deus sabe o que há em vossos corações. Deus é conhecedor e clemente."[295]

Entretanto, Mohamad não poderia trocar a revelia de esposas. Poderia sim ter quantas escravas desejasse.

> "Além dessas, as mulheres não serão lícitas para ti nem te será permitido trocar tuas esposas por outra, mesmo que sua beleza te agrade, com exceção das escravas que possuis. Deus observa tudo."[296]

294 Alcorão, XXXIII, 50.
295 Alcorão, XXXIII, 51.
296 Alcorão, XXXIII, 52.

É regulamentada também a visita ao Profeta, de tal maneira que Mohamad não se sentisse incomodado.

E, conforme grifado, mulheres tocadas pelo Profeta não poderiam nunca mais se deitar com outro homem.

> "Ó vós que credes, não entreis nos aposentos do Profeta, exceto quando convidados para uma refeição e aguardai o momento próprio para entrar. Depois da refeição, retirai-vos, sem vos prolongar em conversação familiar. De outra forma, incomodaríeis o Profeta. E ele ficaria constrangido diante de vós; mas Deus não fica constrangido diante da verdade. E se pedirdes algum objeto às suas esposas pedi-o através de uma cortina: é mais limpo para vossos corações e para os seus. *Não vos pertence molestar o Mensageiro de Deus nem desposar-lhe as mulheres após ele nunca. Seria, aos olhos de Deus, uma grave ofensa.*"[297]

297 Alcorão, XXXIII, 53. (grifo nosso)

CAPÍTULO IX
O DIREITO INGLÊS

1. Introdução

No final da Idade Média, a Europa começou a assistir ao nascimento de Estados centralizados nas mãos de Monarcas. Na Inglaterra, o caminho foi um tanto diferente; nos séculos XI e XII, a monarquia inglesa era bastante poderosa e conseguia centralizar o poder e, nos séculos seguintes, enquanto o resto da Europa via nascer o Poder Central, este perdia fôlego no Reino Britânico.

O Poder na Inglaterra foi disputadíssimo durante, pelo menos, quatro séculos. De um lado, monarcas buscando a acumulação de poder, de outro, nobres e, posteriormente, burgueses, evitando tal acúmulo e acabando por formar um Estado baseado tanto no poder de uma instituição representativa, o Parlamento, quanto em documentos escritos de lei que sempre se apresentam como meios de limitar o poder do rei.

Todas as lutas pelo poder entre esses grupos seguiram um padrão bastante peculiar. O rei, quem quer que fosse, para acumular poder, precisaria retirá-los de alguém (a princípio dos nobres). Para tanto, era preciso convencê-los, o que obviamente ficaria bastante complicado se feito educadamente; assim o convencimento era feito através das armas. O problema era que um rei feudal tinha os nobres como seu exército, então, para a formação de um exército próprio, era preciso dinheiro de impostos, pagos pelos nobres que reagiam.

Logo, para entendermos essa parte do Direito inglês (chamado *Statute Law*) temos que compreender essas lutas internas; para compreendermos o Direito inglês como um todo (*Common Law* e *Equity*), precisamos nos basear na formação do conceito de justiça e na construção da nacionalidade inglesa.

Não há na Inglaterra códigos escritos como encontramos em outros países, apenas em algumas matérias especiais o Direito é apresentado de forma sistemática. Essa diferença é explicitada nas palavras de René David:

> “A concepção de Direito que os ingleses sustentam é, de fato, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O Direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de Direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador. As categorias e conceitos, no Direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente; a distinção entre direito público e direito privado, em particular, por esse motivo, é desconhecida na Inglaterra.”[298]

2. Direito Inglês – A História e a Formação do *Statute Law*[299]

Até o século V, a Inglaterra era, em grande parte, domínio romano, entretanto não houve, como em outros lugares dominados por Roma, uma “romanização”, ou seja, não houve uma transformação da população local de maneira a tomar a cultura romana para si. Os romanos eram apenas o exército invasor, agiam como tal e eram tratados como tal. A miscigenação não foi uma constante.

Dessa forma o Direito Romano pouco ou nada influenciou o direito dos povos que já habitavam a Bretanha. Mesmo as cidades que os romanos fizeram surgir, brevemente após sua partida desapareceram. A língua latina, muito competentemente espalhada por todos os cantos do Império Romano, na Bretanha não obteve êxito.[300]

---

298 DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

299 É o Direito Estatutário que foi se revelando na História da Inglaterra visando, através de estatutos, atos, ordenanças e editos, melhor equacionar o poder inglês e dar outras providências para o funcionamento do Estado e de algumas questões de Justiça que o *Common Law* e a *Equity* não suprem.

300 RICHÉ, Pierre. **As invasões bárbaras**. Sintra: Europa-América, [19- -], p. 103.

Quando os Germânicos, notadamente Anglos e Saxões, invadem a Bretanha, a oposição a eles não é melhor do que a que tinham sofrido os romanos; mesmo vencidos, os Bretões mantêm oposição acirrada contra os invasores germânicos. Estes últimos formaram reinos bastante instáveis, e sem unificação e guardaram as tradições germânicas, inclusive no campo do Direito.[301]

O Direito anglo-saxônico ou germânico na Bretanha, como preferem alguns estudiosos, começa quando, no final do século VI d.C., a Inglaterra converte-se ao cristianismo. Embora muito mal conhecido, esse Direito foi redigido e continha uma particularidade, ao invés de ser escrito em latim como as leis dos reinos bárbaros do continente europeu, seu texto foi confeccionado em língua anglo-saxônica.

Os documentos que chegaram até a atualidade demonstram que, como outras leis germânicas, as leis anglo-saxônicas regulam poucos aspectos. Assim conta René David:

> "As leis de Aethelbert, rei do Kent, redigidas em língua anglo-saxônica no ano de 600, apenas comportam 90 frases breves. As leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035), quatro séculos mais tarde, são mais elaboradas e anunciam já a passagem da era tribal para a feudal. O princípio de personalidade das leis dá lugar, como na França, a uma lei territorial, mas, embora o país esteja submetido a um único soberano, o direito em vigor mantém-se um direito estritamente local; não há direito comum a toda a Inglaterra antes da conquista Normanda".[302]

Em 1066, vindo da Normandia (atualmente França), um exército liderado por Guilherme, chamado por isso de "O Conquistador", invadiu a Bretanha e, vencendo o herdeiro anglo-saxão do trono, Haroldo, controlou a região. Na condição de vassalo do rei da França, Guilherme governou a Inglaterra de 1066 a 1087.

Com Guilherme veio o feudalismo; as relações feudo-vassálicas que existiam no ducado da Normandia foram introduzidas na Inglaterra e ampliadas por seus sucessores de uma forma vertical e mais

301 Como se pode conferir mais amiúde no capítulo acerca do Direito Medieval.

302 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 284-285.

completa do que em qualquer outro lugar, mas sempre tendo em vista servir os desígnios da realeza.

Dessa maneira, a Inglaterra foi dividida em grandes feudos, os Condados. Os condes estavam de forma direta e absoluta sob o comando feudal do rei, senhor de todos; cada feudo era administrado por um funcionário do rei, chamado xerife, que tinha autoridade sobre os senhores feudais, os comerciantes e os camponeses.

A conquista normanda, a princípio, não modificou o Direito existente, ao contrário, Guilherme afirmou estar em vigor o Direito anglo-saxônico, mas trouxe a possibilidade de um centralismo que não existia antes, que deu novas feições ao Direito Inglês.

Nas décadas seguintes, a ação dos reis que sucederam Guilherme fortaleceu o poder real, chegando a ponto de Henrique II (1154-1189), primeiro rei da dinastia dos Plantagenetas, conseguir impor leis válidas em todo o reino e não somente em seus domínios particulares.

Henrique II foi um artífice da unificação da Inglaterra e buscou através da lei ter êxito no empreendimento. Além de leis comuns a todo o reino, ele conseguiu nomear juízes para presidir os tribunais locais e submeteu os clérigos à legislação comum; estes então começaram a ser julgados em tribunais do Estado, não mais em tribunais eclesiásticos. Esses tribunais do Estado são os que farão, paulatinamente, a *Common Law* que veremos no próximo ponto deste Capítulo.

Seu filho Ricardo I, conhecido como Ricardo Coração de Leão, o sucedeu, mas não conseguiu continuar a obra de concentração de poder. Ricardo era homem de armas, não de administração. Era homem cruel e vivia somente para a guerra:

> "Era Ricardo o homem que melhor representava os barões da Idade Média, com suas qualidades de bravura indomável, mas também com todos os defeitos de um temperamento arrebatado, perdulário inacessível à piedade, tornando-se, por isso mesmo, o ídolo de seus contemporâneos".[303]

303 LINS, Ivan. **Idade Média**. Rio de Janeiro: Brasílica, 1939, p. 381. Na mesma página, o autor discorre sobre a crueldade de Ricardo I: "Crueldade sem nome de Ricardo foi fazer degolar os três mil reféns muçulmanos, entregues em conseqüência da capitulação do Acre: barbaria inaudita, perpetrada de sangue frio, sem a desculpa do ardor da refrega e tanto mais chocante quanto, ao adoecer Ricardo, lhe enviara Saladino [líder muçulmano] sorvetes e frutas para o seu restabelecimento. A esses rasgos de generosidade, o rei de Inglaterra respondeu com uma carnificina!"

Em oposição, o irmão de Ricardo, de nome João, cognominado João Sem-Terra, por não ter recebido em herança nenhum bem imóvel de seu pai, tinha ânsias de poder e tentaria, se possível e se subisse ao trono, continuar a aprofundar a obra centralizadora de Henrique II.

A oportunidade para João surgiu quando Ricardo Coração de Leão foi para as Cruzadas e assumiu o trono como Príncipe Regente. Ele opôs-se frontalmente aos nobres e acabou por angariar uma inimizade que lhe sairia cara, mesmo quando, posteriormente, tornou-se rei de fato com a morte de Ricardo na guerra contra a França.

João sempre foi visto como um usurpador e, aliado a uma política externa desastrosa, que fez com que a Inglaterra perdesse grande parte dos feudos que possuía na França, também tornou suas relações com o papado melindrosas, por não acatar a nomeação de um bispo. Ele buscou criar impostos e aumentar os já existentes com vistas a fazer frente aos nobres que se colocavam em oposição a ele.

Como resposta, os nobres e o clero reuniram-se e redigiram um documento intitulado *Magna Charta Libertatum*, que foi outorgado em 1215, pelo pressionado rei João. Esse documento tinha como objetivo principal manter o rei, João ou quem quer que fosse, longe da ânsia de arrancar poder dos nobres e, visando isso, acabou por indicar uma defesa de liberdade que não tinha sido vista até então.

É, sem dúvida, um documento feudal; busca salvaguardar benefícios de Senhores Feudais, mas, mais amplamente, acaba por converter a Inglaterra em um todo, eliminando a fragmentação tão característica do feudalismo.

Podemos tomar como exemplo dessa formação de país o artigo 43 da Magna Carta:

> "Haverá em todo o Reino uma mesma medida para o vinho e a cerveja, assim como para os cereais (grãos). Esta medida será a que atualmente se emprega em Londres. Todos os panos se ajustarão a uma mesma medida em largura, que será de duas varas. Os pesos serão, também, os mesmos para todo o Reino."

A montagem da Justiça foi também uma preocupação da Magna Carta, que em vários artigos indicou quais tribunais e com qual periodicidade deviam se reunir, mais ainda, esse documento indicou

uma preocupação com uma retidão na justiça quando afirmou no artigo 49:

> "Não venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja, a administração da justiça."

Essa preocupação com a justiça explica-se principalmente pelas perseguições que os nobres sofreram por terem feito frente às vontades de João Sem-Terra; assim, na Magna Carta, vários são os artigos que buscam limitar o poder dos funcionários do rei. Podemos tomar como exemplo, dentre muitos com o mesmo objetivo, o artigo 62:

> "Ficará proibido ao "sheriff" oprimir e vexar a quem quer que seja, contentando-se com os direitos que os "sheriffs" costumavam exercer em tempo de nosso ascendente o Rei Henrique."

Mas a garantia de liberdades ampliava-se até alcançar o direito de ir e vir:

> "Para o futuro poderão todos entrar e sair do Reino com toda a garantia, salvante a fidelidade devida, exceto, todavia, em tempo de guerra, e quanto seja estritamente necessário para o bem comum de nosso Reino; excetuando-se, além disto, os prisioneiros e proscritos segundo as leis do país, os povos que se achem em guerra conosco e os comerciantes de uma Nação inimiga, conforme o que deixamos dito."[304]

Esse direito de ir e vir era corroborado a uma proteção jurídica que a maioria dos autores considera ser o início da ideia de *habeas corpus*. Essa proteção indicava que o indivíduo somente poderia ser privado de seus bens ou preso sem um julgamento, assim afirma a Magna Carta:

> "Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em

304 Artigo 52.

> virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país."[305]

Esse mesmo artigo indica claramente a necessidade de "julgamento pelos pares", ou seja, pessoas iguais ao réu, o que é colocado como a cristalização legalizada do sistema de julgamento por júri que já havia existido não muito objetivamente no Direito Romano e que existia na Inglaterra desde antes do reinado do pai de João Sem-Terra.

Desde Roma, havia o hábito de, em casos de cobranças de tributos, se perguntar às pessoas importantes da localidade sua opinião, era a *iquisitio*. Esse mesmo processo foi transferido para o Direito germânico. Já no reinado de Henrique II, o sistema de *inquisitio*, antes de caráter meramente administrativo, passou a ser usado também em demandas entre particulares na área cível.

A partir do período do rei Henrique, surgiram duas instituições judiciárias: o *assize* e a *jurata*, o primeiro dizia respeito a demandas entre proprietários; a segunda, a questões envolvendo o curso de um julgamento que não dissesse respeito a proprietários. A *jurata* acabou por absorver o *assize*.[306] O que a Magna Carta fez, portanto, foi indicar em uma legislação importante que um julgamento com júri seria necessário para diminuir ou acabar com a liberdade de um indivíduo.[307]

Há ainda, nesse documento inglês, uma indicação clara de proporcionalidade entre delito e pena e uma preocupação bastante interessante que visa evitar que penas pecuniárias acabem por falir o indivíduo e não permitam mais a sua subsistência:

> "Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves, e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, o prive dos meios de subsistência. Esta disposição é aplicável, por completo, aos mercadores, aos quais se reservará alguma parte de seus bens para continuar seu comércio."
>
> "Do mesmo modo um aldeão ou qualquer vassalo nosso não poderá ser condenado à pena pecuniá-

305 Artigo 48.

306 NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, *passim.*

307 Esse indivíduo, ao menos a princípio, deveria ser um homem livre, não um servo.

> ria senão debaixo de idênticas condições, quer dizer, que se lhe não poderá privar dos instrumentos necessários a seu trabalho. Não se imporá nenhuma multa se o delito não estiver comprovado com prévio juramento de doze vizinhos honrados e cuja boa reputação seja notória."[308]

A Magna Carta acabou também por dar um grande poder ao Conselho de Nobres, também chamado de Grande Conselho ou Conselho do Reino, que existia desde a conquista Normanda. Pelo documento legal, impostos, contribuições etc. somente poderiam ser criados e cobrados com o consentimento deste conselho:

> "Não se estabelecerá em nosso Reino auxílio nem contribuição alguma, contra os posseiros de terras enfeudadas, sem o consentimento do nosso comum Conselho do Reino, a não ser que se destinem ao resgate de nossa pessoa, ou para armar cavaleiros a nosso filho primogênito, consignação para casar uma só vez a nossa filha primogênita; e, mesmo nestes casos, o imposto ou auxílio terá de ser moderado."[309]

Esse Conselho do Reino, a partir de 1265, passou a ser chamado de Parlamento. Nele, passaram a ser decididas todas as mais importantes questões do reino, inclusive declarações de guerra e paz. Seu poder aumentou tanto que, em determinados momentos da história da Inglaterra, substituiu reis e efetivamente comandou o país sozinho.

A partir de 1350, o Parlamento Inglês passou a ter as feições que, até hoje, guarda, composto por duas câmaras, a Câmara dos Lordes – de prelados e Barões – e a Câmara dos Comuns – de Cavaleiros e Burgueses.

Nos séculos seguintes os reis tiveram por hábito – mais obrigatório do que por opção pessoal – jurar obediência à Magna Carta. Esta somente passou a ser esquecida, ainda que por um período, após a Guerra das Duas Rosas (1455-1485), que colocou no poder a Dinastia

308 Artigos 25 e 26.

309 Artigo 14.

Tudor e conseguiu concentrar o poder e alavancar a economia mercantil do país.

Entre os reis da Dinastia Tudor, Henrique VII teve papel preponderante, pois, como fundador da Igreja Anglicana, conseguiu desligar o país do poder papal e concentrar as terras da Igreja Católica nas mãos da Inglaterra. Sua filha, Elizabeth I, conseguiu fazer chegar ao auge o absolutismo na Inglaterra, principalmente porque implantou uma política mercantilista extremamente bem-sucedida.

Entretanto, o poder real na Inglaterra vivia uma situação diferente dos países do continente europeu, pois havia o Parlamento. Apesar do absolutismo dos Tudor, o Parlamento continuava a ser convocado, fosse com vistas a evitar conflitos, fosse para manter as aparências.

Com a morte de Elizabeth, foi entronado seu filho Jaime I que iniciou um conflito com o Parlamento que iria acabar em mais de quatro décadas de atritos e guerras. Ele defendia a implementação de um absolutismo nos moldes franceses, baseado na concepção do Direito Divino, não permitindo nenhum questionamento às suas decisões.

Ao criar e aumentar impostos, Jaime I enfrentou a resistência do Parlamento e acabou por fechá-lo por sete anos. A morte de Jaime I não acabou com os problemas; seu filho Carlos I radicalizou ainda mais a política do pai.

Em 1628, o Parlamento, buscando uma saída não violenta – talvez não estivesse preparado para uma reação mais enérgica –, confeccionou um documento legal com vistas a "lembrar" Carlos de suas atribuições e de seus limites. Era a Petição de Direitos que, embora seja até hoje considerado um documento legal, sequer foi considerado pelo rei que, como retaliação, deixou de convocar o Parlamento por onze anos.

O texto da Petição de Direitos é como um resumo em forma de lembrete das leis inglesas até aquele momento, conforme podemos conferir:

> "Os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, humildemente lembram ao rei, nosso soberano e senhor, que uma lei feita no reinado do rei Eduardo I, vulgarmente chamada *Statutum de tallagio non concedendo,* declarou e estabeleceu que nenhuma derrama ou tributo (*tallage or aid)* seria lançada ou cobrada neste reino pelo rei ou seus herdeiros sem o consentimento dos arcebispos, bispos, condes,

barões, cavaleiros, burgueses e outros homens livres do povo deste reino; que, por autoridade do Parlamento, reunido no vigésimo quinto ano do reinado do rei Eduardo III, foi decretado e estabelecido que, daí em diante, ninguém poderia ser compelido a fazer nenhum empréstimo ao rei contra a sua vontade, porque tal empréstimo ofenderia a razão e as franquias do país; que outras leis do reino vieram preceituar que ninguém podia ser sujeito ao tributo ou imposto chamado *benevolence* ou a qualquer outro tributo semelhante, que os nossos súditos herdaram das leis atrás mencionadas e de outras boas leis e provisões (*statutes*) deste reino a liberdade de não serem obrigados a contribuir para qualquer taxa, derramo, tributo ou qualquer outro imposto que não tenha sido autorizado por todos, através do Parlamento.

E considerando também que na carta designada por "Magna Carta das Liberdades de Inglaterra" se decretou e estabeleceu que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país.

E considerando também que foi decretado e estabelecido, por autoridade do Parlamento, no vigésimo oitavo ano do reinado do rei Eduardo III, que ninguém, fosse qual fosse a sua categoria ou condição, podia ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe fosse dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular (*due process of law*).

E considerando que ultimamente grandes contingentes de soldados e marinheiros têm sido destacados para diversos condados do reino, cujos habitantes têm sido obrigados, contra vontade, a acolhê-los e a aboletá-los nas suas casas, com ofensa das leis e costumes e para grande queixa e vexame do povo.

E considerando também que o Parlamento decretou e ordenou, no vigésimo quinto ano do reinado do rei Eduardo III, que ninguém podia ser condenado à morte ou à mutilação sem observância das formas da Magna Carta e do direito do país; e que, nos termos da mesma Magna Carta e de outras leis e provisões do vosso reino, ninguém pode ser condenado à morte senão em virtude de leis estabelecidas neste vosso reino ou de costumes do mesmo reino ou de atos do Parlamento; e que nenhum transgressor, seja qual for a sua classe, pode subtrair-se aos processos normais e às penas infligidas pelas leis e provisões deste vosso reino; e considerando que, todavia, nos últimos tempos, diversos diplomas, com o Grande Selo de Vossa Majestade, têm investido certos comissários de poder e autoridade para, no interior do país, aplicarem a lei marcial contra soldados e marinheiros e outras pessoas que a estes se tenham associado na prática de assassinatos, roubos, felonias, motins ou quaisquer crimes e transgressões, e para sumariamente os julgar, condenar e executar, quando culpados, segundo as formas da lei marcial e os usos dos exércitos em tempo de guerra. E, a pretexto disto, alguns dos súditos de Vossa Majestade têm sido punidos por estes comissários com a morte, quando é certo que, se eles tivessem merecido a morte em harmonia com as leis e provisões do país, também deveriam ter sido julgados e executados de acordo com estas mesmas leis e provisões e não de qualquer outro modo.

Por todas estas razões, os lordes espirituais e temporais e os comuns humildemente imploram a Vossa Majestade que, a partir de agora, ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou

> encarcerado, ou, de uma forma ou de outra, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas; e que Vossa Majestade haja por bem retirar os soldados e marinheiros e que, para futuro, o vosso povo não volte a ser sobrecarregado; e que as comissões para aplicação da lei marcial sejam revogadas e anuladas e que, doravante, ninguém mais possa ser incumbido de outras comissões semelhantes, a fim de nenhum súdito de Vossa Majestade sofrer ou ser morto, contrariamente às leis e franquias do país.
>
> Tudo isto rogam os lordes espirituais e temporais e os comuns a Vossa majestade como seus direitos e liberdades, em conformidade com as leis e provisões deste reino; assim como rogam a Vossa Majestade que se digne declarar que as sentenças, ações e processos, em detrimento do vosso povo, não terão conseqüências para futuro nem servirão de exemplo, e que ainda Vossa Majestade graciosamente haja por bem declarar, para alívio e segurança adicionais do vosso povo, que é vossa régia intenção e vontade que, a respeito das coisas aqui tratadas, todos os vossos oficiais e ministros servirão Vossa Majestade de acordo com as leis e a prosperidade deste reino."

A revolta explodiu em 1637, tendo por estopim a tentativa de intervenção do rei Carlos I na Igreja Presbiteriana da Escócia, visando impor o culto anglicano. A luta com os escoceses durou três anos e, para combatê-los, Carlos I foi obrigado a convocar o Parlamento, pois esta era a única maneira de obter mais recursos.

O grupo de parlamentares de oposição ao rei aproveitou-se da situação e tentou impor novamente a Petição de Direitos; Carlos I tentou fechar o Parlamento que foi protegido pelos parlamentares e pela população de Londres; era a Revolução Puritana que iniciava um processo que culminaria com o fortalecimento do parlamentarismo, como sistema de governo e o enfraquecimento do poder real ao ponto de tornar-se, como é ainda hoje, meramente figurativo.

Essa luta acabou dando à Inglaterra um período republicano sob o governo de Oliver Cromwell, um membro da pequena nobreza puritana. As leis do período de Cromwell tinham como objetivo principal o fortalecimento econômico da burguesia e da *gentry* – nobreza com interesses burgueses.

Após a morte de Cromwell, a monarquia foi restaurada e também acabaram ressurgindo os problemas entre o rei e o Parlamento. No reinado de Carlos II, com o objetivo de minimizar os danos causados por antagonismos que geravam violências e prisões indevidas, foi redigido o *Habbeas Corpus Act*, em 1679.

Habeas Corpus é o instituto jurídico que visa, atualmente, dar uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada por uma ordem dada pelo Juiz ou por um Tribunal ao coator, com vistas a fazer cessar a ameaça ou coação de liberdade.[310]

A história do *Habeas Corpus* se inicia no Direito Romano e passa por esses documentos do *Statute Law* da Inglaterra, primeiramente na Magna Carta de 1215, quando afirma que ninguém pode ser preso ou despojado de seus bens, senão após julgamento por seus pares e é coroada nesse Ato do *Habeas Corpus* de 1679.[311]

René David descreve a origem do *Habeas Corpus* no Direito Inglês:

> "O paradoxo é que o procedimento de *habeas corpus* tinha, em sua origem, outro objeto. Não visava garantir a liberdade dos cidadãos, mas sim reforçar a autoridade real diante dos senhores. Vinculado à 'prerrogativa real', o procedimento de *habeas corpus* não poderia jamais ser instaurado contra medidas de detenção decretadas em nome do rei, por mais arbitrárias que essas medidas pudessem ser."[312]

---

310 MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 130.

311 "O instituto do *habeas corpus* tem sua origem remota no Direito Romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*. Ocorre, porém, que a noção de liberdade da antiguidade e mesmo da Idade Média em nada se assemelhava com os ideais modernos de igualdade, pois, como salientado por Pontes de Miranda, naquela época, 'os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços." MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 129.

312 DAVID, René. **O direito...**, *op. cit.*, p. 78.

Esse documento protegia os que, acusados de algum delito, fossem privados de sua liberdade; não eram incluídos os presos sob quaisquer outras acusações. Somente um documento posterior, datado de 1816, contemplou os que fossem presos sob outras acusações.

O documento de 1679 indicava que:

> "A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonia, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonia, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de *habeas corpus* (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (*upon the return*), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente."

A concessão do *habeas corpus* era definitiva, visto que:

> "Quem tiver obtido providência de *habeas corpus* não poderá voltar a ser capturado pelo mesmo fato sob pena de multa de 500 libras ao infrator."

Apesar de minimizar as prisões advindas dos antagonismos políticos, o Ato do *Habeas Corpus* não foi uma solução. Nem a morte de Carlos II, que apenas transferiu os problemas para o reinado de seu irmão, Jaime II. Diante do impasse político, os parlamentares tramaram a queda do rei e ofereceram o trono ao genro dele, Guilherme de Orange, que inaugurou a era do Parlamentarismo de fato na Inglaterra, tão bem ilustrada na frase: "o rei reina, mas não governa".

Em 1689, foi redigido um documento que laureou esse poder do Parlamento: o *Bill of Rights*. Já os seus dois primeiros artigos indicam uma mudança que só será vista no resto da Europa no século seguinte; o rei não está acima da lei, portanto ninguém pode estar. A redação é a seguinte:

> "Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento."
>
> "Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória."

Mais uma vez, um documento legal indica como sendo prerrogativa exclusiva do Parlamento quaisquer questões envolvendo impostos:

> "Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio."[313]

O *Bill of Rights* também dá ao Parlamento a exclusividade no controle do exército, o que dificulta qualquer intenção de um rei de formar exército próprio para aumentar o seu poder:

> "Que o ato de levantar e manter dentro do país um exército em tempo de paz é contrário a lei, se não proceder autorização do Parlamento."[314]

O Parlamento passa também a ser o único a ter poder de legislar:

> "Que é indispensável convocar com freqüência os Parlamentos para satisfazer os agravos, assim como para corrigir, afirmar e conservar as leis."[315]

313 Artigo 4º.

314 Artigo 6º.

315 Artigo 13.

O documento afirma também a independência do Parlamento no tocante à eleição de seus membros:

> "Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento."

Essa liberdade não deve ser confundida com uma eleição onde todos podem votar, pois, ainda no século XIX, o movimento operário reivindicava o sufrágio universal e, na virada para o século XX, as mulheres inglesas faziam passeatas para adquirirem o direito de voto.

O *Bill of Rights*, ainda com vistas a uma maior independência do Parlamento, indica que os seus membros teriam imunidade parlamentar em seus discursos:

> "Que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum."[316]

Por fim, tal documento impõe a moderação para fianças, penas e impostos:

> "Que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado deveras."[317]

3. A Divisão do Direito Inglês

Além do *Statute Law*, o Direito inglês conta ainda com a *Common Law* e a *Equity*, não havendo, formalmente, como já afirmado, uma distinção entre direito público e privado. Não há também códigos, como os nossos, que possam indicar outro tipo de divisão que não entre esses supracitados.

O Direito inglês é obra das cortes reais – Cortes de *Common Law* e Cortes de *Equity* – que "o criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era 'razoável' consagrar".[318]

---

316 Artigo 9º.

317 Artigo 10.

318 DAVID, René. **O direito...**, *op. cit.*, p. 12.

É, portanto, um direito forjado por precedentes e não por legislações estabelecidas por legisladores especificamente. Esse procedimento poderia ser prejudicial ao direito de um país, pois, se respeitados demasiadamente, o direito não evoluiria, se pouco respeitado o precedente, a legislação poderia tornar-se um caos que a impediria de cumprir seu papel.[319]

René David explica como os ingleses conseguiram e conseguem, com um direito baseado em precedentes, evitar tanto uma quanto outra armadilha:

> "A obrigação de seguir os precedentes pode ser proclamada com vigor, mas, de fato, combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções. O juiz seguramente levará em conta, em sua decisão, decisões judiciárias anteriormente tomadas, nunca dirá que algumas dessas decisões (tomadas por jurisdições de nível superior ou simplesmente igual a sua) foram mal proferidas. Mas ser-lhe-á possível, com freqüência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisa-la completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução 'razoável' que ele quer".[320]

A *Common Law* nasce como a lei comum a todos os ingleses, em oposição aos direitos locais feudais. Seu aparecimento, a partir do século XIII, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos pelo nome do local onde inicialmente se estabelecem, Tribunais de Westminster.

---

319 A distinção entre a jurisprudência que usamos em países cujo direito é basicamente romano e nos países anglo-saxões é indicada por Vicente Ráo: "É profunda, portanto, a diferença que separa o valor da jurisprudência inglesa (...) do valor da jurisprudência nos demais países, porque, enquanto aquela se transforma em direito normativo, esta possui, exclusivamente, o caráter de elemento interpretativo da lei escrita." RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132.

320 DAVID, René. **O direito...**, *op. cit.*, p. 14.

Já a *Equity* nasceu da necessidade criada pela própria limitação da *Common Law* quando, após um período de grande desenvolvimento, se estagnou, não totalmente, mas a ponto de não conseguir suprir a questão mais cara para a Justiça inglesa, a questão da razoabilidade.

Portanto, ambos são direitos formados pela análise caso a caso, fixados em um respeito relativo aos precedentes. Então, o que os diferencia?

A princípio, a *Equity* eram as regras de jurisdição especial, formadas no Tribunal de Chancelaria através de recursos de casos não bem solucionados nos Tribunais Reais de Justiça. Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, pelos *Judicatures Acts*, as distinções entre os tribunais e suas atribuições foram formalmente abolidas.[321]

Vicente Ráo explicita a diferença entre *Statute Law*, *Common Law* e a *Equity*:

> "É lícito afirmar, em conseqüência, que a *common law*, formalmente, se apresenta como um direito jurisprudencial, mas substancialmente e por sua origem corresponde a um direito costumeiro, consagrado e perpetuado pela jurisprudência.
> Dentro desse regime, a lei (*statute law*) constitui, em relação ao direito comum e em certo sentido, um direito especial, que só disciplina, restritamente, as matérias que contempla, e só em relação a estas matérias prevalece, afastando-se da *common law*, que é o direito geral.
> A *equity* caracterizou-se, de início, não só como um meio de atenuar as regras do direito comum e do direito estatutário, senão, também, como modo de evitar a sua imobilidade, tendendo, pois, a facultar a evolução do direito."[322]

321 DAVID, René. **Os grandes...**, *op. cit.*, *passim.*
322 RÁO, Vicente. *Op. cit.*, p. 134.

CAPÍTULO X
DA MONARQUIA ABSOLUTA AO ILUMINISMO

1. O Absolutismo Monárquico

O Processo histórico que desenvolveu o Antigo Regime, marcado pelo capitalismo comercial (política mercantilista), sistema colonial e Absolutismo Monárquico, foi longo e tem suas origens na Idade Média, quando começam a renascer o comércio, o monetarismo e a busca por centralização política.

É necessário destacar também que, embora a centralização tenha modificado a estrutura fragmentada de poder feudal, não é uma ruptura completa com esse modelo. É, antes de tudo, uma continuidade, uma mudança para manutenção. Segundo Perry Anderson:

> "Essencialmente, o absolutismo era apenas isto: um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional [...], em outras palavras, o Estado Absolutista nunca foi um árbitro entre a aristocracia e a burguesia, e menos ainda instrumento da burguesia nascente contra a aristocracia: ele era a nova carapaça política de uma nobreza atemorizada."[323]

Para exercer o poder, os séculos posteriores a esse início de centralização demonstraram que era necessário suprir várias necessidades da formação de um Estado. Para a formação deste e seu efetivo controle era preciso obter uma força de coerção, para tanto fazia-se necessário ter exército próprio e permanente; nesse sentido, o exército medieval não mais servia.

Para obter e manter um exército próprio e permanente o rei deveria buscar conseguir meios econômicos. Logo, primordial se tornou

323 ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 18.

tributar os súditos de forma a conseguir ter um fluxo de dinheiro suficiente para essa força de coerção e para o pagamento de uma burocracia, já que, sem ela, ficava impossível tributar.

Por fim, era impossível centralizar o poder sem centralizar também a Justiça e racionalizar a burocracia. Mesmo Hammurabi, rei da Babilônia do século XVIII a.C., sabia que este era um caminho seguro para a centralização.[324]

No caso do Estado Moderno, muitos processos concomitantes auxiliaram nesse sentido. Um deles foi o Renascimento do Direito Romano, ocasionado, principalmente, pelo surgimento de Universidades e, por conseguinte, de juristas com a formação no Direito Romano.

Até porque, segundo Anderson:

> "Os Estados Absolutistas ocidentais fundamentavam seus novos objetivos em precedentes clássicos: o direito romano era a mais poderosa arma intelectual disponível para o seu programa característico de integração territorial e centralismo administrativo."[325]

O melhor exemplo histórico de Absolutismo (na mais profunda acepção da palavra) que encontramos é o da França do século XVII, que é chamada, não sem razão, de "A França de Luis XIV", que não somente afirmou que o Estado era ele como entrou para História com o "humilde" apelido de "Rei Sol", já que tudo girava em torno dele.

Para uma melhor compreensão do Estado Absolutista, das críticas a este e das Revoluções resultantes, analisemos rapidamente o reinado do "Sol".

1.1. A França de Luis XIV

Luis XIV governou a França por mais de meio século (1661 a 1715), e seu reinado foi um exemplo de centralização de poder, embora não possamos afirmar o mesmo em termos de prosperidade do país. Quando Luis XIV morreu, a França, embora tivesse alguns "bolsões" de prosperidade, estava arruinada e sua população tinha 10% a menos que antes de seu reinado.

---

324 Conferir no Capítulo "As Primeiras Leis Escritas e o Código de Hammurabi" neste livro.

325 ANDERSON, Perry. *Op. cit.*, p. 27.

Tamanha centralização era justificada por teorias que buscavam explicar o Absolutismo ou mesmo foram utilizadas por este mesmo quando somente tentavam justificar a necessidade do Estado.

Um dos pioneiros dessas teorias acerca do Absolutismo foi o italiano Nicolau Maquiavel (1469-1527) que, em sua obra "O Príncipe", ensinava o governante a conquistar o poder e mantê-lo. Maquiavel é bastante discutido até hoje, porque a maioria das pessoas o considera imoral, porque para ele os fins justificam os meios, assim o governante, para manter-se no poder, pode e deve mentir, matar, cometer outros crimes, fraudar, em suma, pode qualquer coisa.

O Inglês Thomas Hobbes (1588-1679) buscou entender como e por que o Estado se formou; dessa forma, ele acabou justificando o poder centralizado nas mãos de um só. No seu livro "Leviatã", argumenta que antes do surgimento do Estado os homens, embora livres e até por isso mesmo, estavam em permanente estado de guerra; a isso Hobbes chamou de Estado de Natureza. Para evitar a destruição total, para sobreviver, os homens teriam feito um pacto, um acordo através do qual um deles passaria a governar evitando a desordem e a matança indiscriminada entre eles. O poder do rei seria então resultado deste pacto.

Nas palavras do próprio Thomas Hobbes:

> "A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns contra os outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade [...]."[326]

Com relação à lei, Hobbes considera que ela tem como fonte a vontade do rei, porque esta reuniria todas as vontades. Ele chega ao ponto de excluir os costumes como fonte. Para ele, a "lei é o comando

326 HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 200.

de uma pessoa cuja decisão constitui uma razão suficiente para obedecer-lhe".[327]

A teoria mais utilizada pelos monarcas absolutistas e seus seguidores para justificar tamanho poder foi dada pelo Bispo Jacques Bossuet, autor de "Política Extraída da Sagrada Escritura". Nessa obra, afirma que a autoridade do rei é sagrada, pois emana de Deus. A partir dessa afirmação popularizou-se a ideia de que o rei é rei porque Deus quis e, se é da Vontade Divina, não deve haver nenhum tipo de discussão acerca do assunto porque seria, no mínimo, um pecado.

Na França, essa Teoria permeou a mentalidade do povo por séculos, nas palavras de Jacques Corvisier:

> "Na consciência coletiva, os reis sagrados, ungidos pelo Senhor, dotados de poder de curar as escrófulas, não são completamente leigos. A sagração é o casamento que contratam com a França, 'esposa mística e a mais privilegiada', escreve Le Bret. Aliás, Luis XIV fez a distinção entre sua pessoa e o Estado. Teria dito 'O Estado sou eu', mas declarou em seu leito de morte: 'Eu me vou, mas o Estado permanecerá sempre'. Admite-se que o rei não tem a propriedade, mas a soberania do Estado. Enfim, os contemporâneos consideravam como o 'mistério da monarquia' o fato de Deus conceder ao rei a graça especial de pôr a vontade real em conformidade com o bem público. Serão precisos todo o século XVIII, abusos e o despertar de idéias de controle da monarquia para que os franceses mudem de opinião."[328]

Luis XIV governou praticamente sozinho, dissolveu o Conselho de Estado e recrutou alguns ministros dentre os burgueses. Buscou amainar o descontentamento dos nobres que ficaram em seu governo quase sem função prática, formando uma corte que chegou a ter seis mil pessoas (no Palácio de Versailles, construído por ele para esse fim).

---

327 HOBBES *apud* MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 66.

328 CORVISIER, J. **História moderna**. 3. ed. São Paulo: Difel, 1983, p. 278.

A organização social durante o reinado de Luis XIV era baseada totalmente na distinção social; essa distinção era visível nos lugares que cada pessoa podia tomar nas igrejas, nas cerimônias etc. A desigualdade deveria ser tão aparente quanto possível e até mesmo os tecidos eram destinados exclusivamente a determinadas ordens. Nesse sentido, a seda era exclusiva dos nobres, a casimira aos burgueses, a sarja, o algodão e o linho aos artesãos, independentemente da riqueza de cada indivíduo.[329]

No dia a dia, no âmbito da polícia e da justiça o absolutismo do Rei Sol apareceu também de forma clara. Antes da Reforma da Justiça de Luis XIV os privilégios nesse setor eram tantos que os tribunais estavam se sobrepondo e as prerrogativas (principalmente do clero) impediam a centralização do poder de justiça nas mãos de quem quer que fosse.

O Conselho de Reforma da Justiça que, nas reuniões contava muito com a presença do rei, terminou sua tarefa com a Ordenação Civil de 1667 que, somada com Ordenação Criminal de 1670, formou o Código Luis.

Todos os tribunais foram reunidos ao do rei e concomitantemente foi criado o cargo de tenente da Polícia que acabou por reunir quase todas as polícias de Paris; esse cargo posteriormente passou a se chamar a ser o de Tenente-General de Polícia, passando então a ser responsável pelo julgamento, em última instância os mendigos, vagabundos, vadios etc. em caso de flagrante delito.

Essa reforma não conseguiu acabar (e provavelmente esta nem era objetivamente a intenção como parece ter sido a centralização) com os privilégios de foro. Assim afirma Wilhelm:

> "Assim é que os oficiais do exército e suas famílias dependiam, para os casos de honra, do Tribunal dos Marechais de França; os padres, em determinados casos, apelavam ao Tribunal da Provisória em Roma; para os financistas, em certas circunstâncias, apenas o Conselho das Finanças era competente. Atores e atrizes do teatro do rei escapavam à justiça regular do

329 Os nobres poderiam ser de "espada" ou sangue, se nobres de ascendência nobre, ou "togados", se burgueses que adquiriam o título de nobreza. Estes últimos eram, geralmente, objeto de escárnio tanto de nobres de espada quanto de burgueses.

> soberano e podiam ser mandados para a prisão do *Fort-l'Evêque* por meio de ordens régias por simples decisão do primeiro gentil-homem da Câmara, a quem estavam subordinados. [...] Por fim, os diretores do Hospital Geral tiveram desde a fundação da entidade em 1656 todos os poderes de justiça e polícia, 'tanto dentro como fora', sobre os mendigos e miseráveis, podendo encerrá-los em seus diversos estabelecimentos. Michel Foucault observa com razão que 'o Hospital Geral é um estranho poder que o rei estabelece, entre a polícia e a justiça, nos limites da lei: a terceira ordem da repressão'. As ordens régias, enfim, que emanavam somente do rei, permitiam encarcerar sem julgamento e sem limite previsto de tempo, muitos culpados ou presumidos como tal. Elas serão usadas em larga escala durante o reinado."[330]

Embora não houvesse pena de prisão, as prisões francesas da época viviam superlotadas, o tenente civil e o tenente general podiam mandar prender imediatamente autores de quaisquer infrações, mesmo as sem gravidade. Estes deveriam ser julgados nos dias posteriores, entretanto muitas vezes ficavam presos por longos períodos sem julgamento.

As prisões eram também efetuadas por ordem do rei (chamadas ordens régias), mas era necessária outra ordem régia para a soltura e, como não havia prazo de detenção nestas ordens, o prisioneiro poderia ficar preso por um longo período.

As condições dos prisioneiros eram abomináveis, eles eram mal alimentados, visto que sobreviviam de coletas de donativos feitas em seu benefício. Os que deveriam tomar conta dessa situação não o faziam porque, nas palavras ainda de Wilhelm:

> "O governador da prisão havia na verdade arrendado seu ofício – recebia uma soma fixa por prisioneiro e era encarregado de lhe oferecer roupas e alimentação, bem como de pagar os carcereiros.

330 WILHELM, Jacques. **Paris no tempo do rei sol.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 236 s.

> Mas estes, na verdade, não recebiam nada dele e empregavam os procedimentos mais atrozes para arrancar algum dinheiro aos prisioneiros. Como a pensão paga pelo rei era de apenas quatro soldos por dia, sem levar em conta as eventuais altas dos preços, os infelizes ficavam reduzidos à ajuda de seus próximos ou à caridade pública. Tudo podia ser comprado, mas não se conseguia nada sem pagar. Os próprios escrivãos só deixavam os libertados saírem contra moeda sonante. As condições de higiene eram assustadoras. Os magistrados encarregados de inspensionar as pensões não iam lá."[331]

2. O Iluminismo e as Críticas ao Estado Absolutista

No século XVIII, uma parte da intelectualidade da Europa reagiu ao Absolutismo Monárquico e tudo o que o acompanhava. Essa reação teve o nome de Iluminismo ou Época das Luzes.

O Iluminismo pode ser definido *a priori* como um Movimento intelectual que tinha por característica uma confiança absoluta no progresso e, principalmente, na razão que desafiou em seu século (e por sua atualidade, às vezes, continua desafiando) a autoridade e incentivou o livre pensamento como meio de alcançar o objetivo principal dos iluministas, a felicidade humana.

Essa confiança absoluta no progresso podia ser sentida nos avanços científicos e tecnológicos. Os astrônomos conseguiram nessa época determinar a distância da Terra à Lua, a forma de nosso planeta, aperfeiçoaram o telescópio e descobriram um novo planeta – Urano – e novos satélites de Saturno.

Os físicos inventaram o termômetro de mercúrio e estudaram os fenômenos elétricos. Inventaram o condensador, a pilha e outros cientistas criaram uma nova ciência: a Química. A botânica, a geologia, a cartografia também tiveram impulso. Tudo parecia concorrer para um avanço infinito do que era possível o homem descobrir e fazer.[332]

---

331 *Ibidem*, p. 250.

332 CHASSOT, Attico. **A ciência através dos tempos**. São Paulo: Moderna, 1994, *passim.*

Esses homens iluministas não criaram suas ideias (muitas delas brilhantes) do nada. De fato, eles são herdeiros do Renascimento e, principalmente, da Revolução Científica do século XVII.[333]

O movimento, de uma forma geral, é conhecido como Ilustração e pode ser visto sob vários ângulos. Do ponto de vista político, os Iluministas, partindo do individualismo, propunham uma cidadania centrada na liberdade e na defesa burguesa da Propriedade.

A cidadania defendida pelos filósofos do Iluminismo partia das concepções da Antiguidade Clássica,[334] afirmando que a resposta para o porquê do indivíduo renunciar a certos direitos em nome da vida social era uma criação artificial, através de um pacto social, um contrato.[335]

Os iluministas buscaram pensar em termos de cidadania não somente a posição do povo, mas também como deveriam ser os governantes no exercício do poder do Estado. Nesse sentido, a vida social é entendida como uma sociedade, ou seja, uma associação voluntária de homens livres, que regulam, segundo sua própria razão e em função do próprio interesse, o seu convívio.

Deve ser a lei a organizadora do poder nessa sociedade encarnado agora no Estado:

> "[Fixando] [...] diante de todos e para todos direitos que a força do Estado deve assegurar. Por isso, a cidadania já não poderá significar aqui o mesmo que para o mundo antigo e medieval, e mesmo a *isonomia* da Antiguidade clássica se revestirá de outro sentido. Ela ainda significa a 'igualdade diante da lei', mas agora se aplica a

---

333 FALCON, Francisco J. C. **Iluminismo** 3. ed. São Paulo: Ática, 1991, p. 06. Sobre os séculos anteriores ao Iluminismo, podemos apontar alguns pensadores que, muito objetivamente, formaram a base intelectual desses homens. Durante o século XVII, o desenvolvimento de várias noções sobre a ciência e seus métodos racionais sustentou várias reflexões e questionamentos. René Descartes (1596-1650), filósofo e matemático francês, foi o precursor do racionalismo. Para ele, o princípio científico inicial estava baseado na dúvida metódica. – Bacon (1561-1626), filósofo e cientista inglês, considerava que a verdadeira finalidade da ciência era a de contribuir para o desenvolvimento e a melhoria das condições de vida do homem. – Locke (1632-1704), filósofo inglês, foi muito importante para o desenvolvimento das ideias políticas porque questionava o poder inato de origem divina e dava os primeiros passos em direção à ideia de contrato social.

334 Segundo o filósofo grego Aristóteles, um homem só pode ser realmente bom quando pode utilizar livremente sua faculdade de julgar para realizar escolhas, sobretudo éticas.

335 Como Hobbes um século antes do Iluminismo.

> todos os homens sem exceção, como *fundamento* da cidadania, já que é a base sobre a qual serão fixados os outros direitos que regularão a possibilidade de expressão social da diferença entre os homens."[336]

A igualdade, como um direito natural, só seria realizada – segundo o pensamento Iluminista – quando reconhecida como um direito positivo, garantido por um corpo de leis e pela força do Estado. Essas leis deveriam ser feitas pelos cidadãos, ou seus representantes, porque só através da vontade do povo, como fundamento da Nação, poderia conferir legitimidade ao poder político.[337]

O Estado para atingir esses objetivos e para ser representante real dos cidadãos que compõem a Nação não poderia seguir o modelo do Antigo Regime pautado no Absolutismo Monárquico. A proposta iluminista de Montesquieu para esse problema é a ideia mais difundida desses filósofos na atualidade: os três poderes.

Segundo o próprio Montesquieu:

> "Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder Legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo [Judiciário] das que dependem do direito civil.
>
> Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder Executivo do Estado. [...]
>
> Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-

336 QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987, p. 24.

337 Essa ideia pode ser vista claramente nas Declarações da Revolução Francesa e nas Constituições Modernas que sempre afirmam que todo poder emana do povo.

> se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.
> Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estiver ligado ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor."[338]

Montesquieu baseava-se na ideia de contrato social (de Rousseau) para a viabilização do Estado, nesse sentido a ideia de Representação era primordial. Não seria possível um Estado não ser absolutista sem que este fosse produto representativo da Vontade Nacional. [339]

Os iluministas foram grandes pregadores da Liberdade Individual e defenderam a propriedade com igual vigor. Eles também pregavam a igualdade, mas esta, para eles, não era manifesta através de uma igualdade total, inclusive de bens materiais. Para eles, os homens, mesmo os mais pobres, seriam livres e iguais simplesmente se pudessem escolher para quem trabalhar. Assim, o trabalho seria equiparado a um bem, como o capitalismo o faz até hoje.

Eles afirmaram:

> "Todos os camponeses não serão ricos, e não é preciso que o sejam. Carecemos de homens que tenham seus braços e boa vontade. Mas até estes homens, que parecem o rebotalho da sorte, participarão da felicidade dos outros. Serão livres para vender seu trabalho a quem quiser pagá-los melhor. A liberdade será sua propriedade. A esperança certa de um justo salário os sustentará. Com alegria educarão sua família em seus ofícios laboriosos e úteis. Essa classe de homens,

338 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148 e ss.

339 Por isso as teorias constitucionais modernas vão além de Montesquieu, e colocam o Legislativo em um patamar de importância vital para o estabelecimento dos Estados Nacionais Modernos. Isso decorre do fato de que, pelo intermédio do Legislativo, no dia a dia, os representantes do povo, em um Parlamento ou Congresso Nacional, elaboram leis ordinárias, que moldam o Estado e acabam por representar a soberania da Nação.

> tão desprezível aos olhos dos poderosos, constitui o principal celeiro de soldados. Assim, do cetro à foice e ao cajado, tudo se anima, tudo prospera, tudo ganha força nova graças a uma única mola."[340]

Outros Iluministas como Rousseau defendiam a democracia como realização do Contrato Social, manifestada pelo voto que, dessa forma, daria a verdadeira soberania ao povo. Os governos, representantes desses eleitores (o povo), deveriam refletir sempre a vontade destes.[341] Sobre o contratualismo e a teoria de Rousseau, afirma Miguel Reale:

> "Na pena de Rousseau, o 'contrato social' é uma idéia, que não se põe como pressuposto lógico de filósofo, mas como arma de reformador político. Daí a necessidade que ele sente de argumentar dando vistos de historicidade ao que é apenas conjetural, pintando o 'estado natural' primevo e o 'contrato social' segundo o que psicologicamente estava mais de acordo com as aspirações e as necessidades coletivas de sua época.[...]"[342]

Rousseau explicava a soberania do Estado e tudo mais através do Contrato social; nesse sentido, também encontrava a explicação para a lei. Essa explicação foi a base da teoria de Cesare Beccaria que veremos no ponto a seguir, portanto vale a pena vermos a explicação de Chevalier sobre as ideias de Rousseau acerca das leis:

> "A Lei: [...] a seus olhos, participa verdadeiramente do caráter sagrado; tem por ela religioso

---

340 VOLTAIRE; DIDEROT. **Voltaire e Diderot**. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 188.

341 Há ainda os "*Philosophes* falidos" ou os "Rousseau de sarjeta" que, muito embora não tenham logrado sucesso na vida, muito contribuíram para a popularização dos ideais iluministas. Pelas obras desses homens, que com menos compromisso que os "Iluministas renomados" podiam atacar a tudo e a todos tanto quanto quisessem e, por causa do tom informal (se expressavam através de livretos, panfletos, edições de baixa qualidade) traduzido muitas vezes pelo humor, pornografia, sensacionalismo ou drama de suas obras, eles conseguiram alcançar pessoas de várias camadas sociais, principalmente aquela maioria que não teria o menor interesse em entender a linguagem rebuscada do nobre Montesquieu.

342 REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

> respeito. [...] Só à lei se devem a justiça e a liberdade. Só ela permitiu subjugar os indivíduos para torná-los livres, encadear-lhes a vontade com a sua própria autorização, fazer valer o seu consentimento contra a sua recusa."[343]

3. Cesare Beccaria

No mesmo diapasão dos Iluministas e fazendo parte desse grupo, estava um rapaz italiano, advogado de formação, Cesare Beccaria, posteriormente o Marquês de Bonesana, um homem que acabou por traduzir para o mundo jurídico o que os pensadores da época sonhavam para o mundo. Dessa forma, não é possível pensar em Estado de Direito, que nos é tão caro hoje em dia, sem os Iluministas, sem Beccaria, bem como não é possível pensar nem o direito penal moderno nem a noção de direitos individuais sem sentir a presença constante desse italiano, ao mesmo tempo idealista e objetivamente realista.

Ele nasceu em Milão em 1738 e teve uma educação jesuítica. Obteve seu diploma em Jurisprudência, mas nunca se desligou da base que os estudos com os jesuítas, a filosofia e a literatura permeavam seu pensamento e suas atitudes.

Ao que consta, além dos estudos e das ideias iluministas, muito influenciou esse italiano a temporada passada nas masmorras, patrocinada por seu pai que não queria que ele casasse com uma determinada senhorita. [344]

Aos 25 anos de idade, escreveu a obra que o tornaria um homem a ser admirado por todos os que concordam com a Justiça, o livro "Dos Delitos e das Penas". Nele, o jovem fez o que os Iluministas como ele faziam, traduziu a realidade que não concordava e, através da razão, buscou soluções práticas, são estas as bases do direito penal moderno.

Ele buscou, a partir da concepção do Pacto Social, saídas para as injustiças patentes do sistema penal de sua época. Esse

---

343 CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990, p. 171.

344 Conferir a Nota introdutória intitulada "Sobre Beccaria" da tradução de Cretella Junior e Agnes Cretella do Livro "Dos Delitos e das Penas" editado pela Revista dos Tribunais.

sistema era o mesmo desde a Idade Média, praticamente não tendo mudado.

Os juízes tinham poderes absolutos, a legislação não era clara, o grande objetivo do processo era fazer o réu confessar porque era considerado um "bom termo". O que se fazia para chegar a esse fim era mero detalhe. A igualdade de todos perante a lei era ideia morta do Deuteronômio na Bíblia, a pena era muitas vezes mais contagiosa que determinadas doenças. Todo o sistema funcionava partindo do pressuposto de que o indivíduo desde que acusado era culpado e o pobre sujeito, culpado ou não, massacrado pela tortura, não tinha como provar a sua inocência.

Conforme Ricardo Campa:

> "[...] A obra de Beccaria está impregnada de uma nova consciência jurídica mais do que um rigoroso princípio explicativo da lógica da não violência. O chamado Estado de direito não resolve por si só os problemas relativos à autodeterminação individual e à inviolabilidade da pessoa física por parte de alguma autoridade se não for possível justificar, proporcionalmente, tal princípio como o interesse do Estado em salvaguardar a integridade física e moral dos seus súditos com o objetivo de garantir à comunidade, rousseaunianamente falando, a mais ampla e a mais articulada participação possível. Do conjunto combinado das contribuições individuais, a comunidade tira, historicamente, vantagens que a perseguição elimina ou não consente nem mesmo que sejam dissimuladas no pacto social."[345]

O que o italiano ousou fazer foi traduzir, através da lógica, muitas vezes desconcertante, outras ainda inocentes, o cerne do que considerava justiça, que, no final, acabou contaminando o Ocidente e tornou-se a base do que chamamos hoje Direitos Individuais.

---

345 CAMPA, Riccardo. *Prefacio.* In: BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro B. Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17.

3.1. As Ideias de Cesare Beccaria

a) Sobre a Lei e as Penas em Geral

Cesare Beccaria era adepto das ideias Iluministas de Pacto Social, comungava com aqueles que consideravam que o homem teria sido, a princípio, obrigado a abrir mão de uma parte de sua liberdade a fim de não sucumbir sob sua própria brutalidade. Seguindo esse raciocínio, considerava que as leis deveriam ser pactos entre homens livres, embora pensasse também que a seu tempo as leis não passassem de "instrumentos das paixões de uns poucos".[346]

Sobre a questão do Pacto social em Beccaria, Campa afirma:

> "A doutrina pactual do Estado – à qual adere Beccaria – baseia-se no pressuposto de que o indivíduo prefere à plena, mas virtual liberdade natural, a liberdade política, que é aquela parte da liberdade natural garantida pelo consenso de todos os membros [...] da comunidade social. A ordenação pactual habilita cada cidadão a desempenhar o papel de ator político e lhe confere direitos e deveres que podem ser continuamente negociados – isto é, legitimados – através de debate ideológico e de consenso."[347]

Leis e penas seriam fruto da necessidade do próprio convívio social, que foi efetivado e tornado realidade através de um pacto. Assim, Beccaria considerava que as penas somente deveriam existir por necessidade e, ainda, que estas deveriam ter por medida o dano provocado pelo ato delituoso à Nação e não a intenção, ou mesmo a sede de vingança da vítima ou de seus parentes.[348]

A finalidade das penas deveria ser, portanto, a proteção da sociedade e não a desforra, o desagravo, bem como deveria visar desencorajar outros de cometerem delitos.

---

346 BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro B. Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 39.

347 CAMPA, R. *Prefacio* IN: BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 12.

348 *Ibidem*, p. 53.

> "O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e menos penosa na pessoa do réu."[349]

As penas deveriam ser proporcionais aos delitos, um crime mais ofensivo à sociedade deveria ter maior pena que um que cause menor dano. Beccaria é objetivo: "deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas". Damásio explica esse princípio, que é aplicado até os dias de hoje, da seguinte forma:

> "Chamado também 'princípio da proibição de excesso', determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena."[350]

A justificativa do pensador italiano para essa questão de proporção é bastante interessante:

> "Se o prazer e a dor são a força motora dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens às ações mais sublimes foram colocados pelo Legislador invisível o prêmio e o castigo, a distribuição desigual destes produzirá a contradição, tanto menos evidente quanto mais é comum, de que as penas punem os delitos que fizeram nascer. Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior".[351]

---

349 *Ibidem*, p. 62.

350 JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. 23. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

351 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 52.

Comungando das ideias de Montesquieu, o italiano Beccaria considera prudente – para uma maior proximidade com o objetivo que é a Justiça – haver a separação entre poderes, instruindo ser vital que somente legisladores façam leis e, nelas, é primordial que haja a previsão da pena; dessa forma, crime e pena somente devem existir, caso haja previsão legal anterior. É o que hoje é chamado de Princípio da Legalidade ou Princípio da Anterioridade da Lei.[352] Ele afirma:

> "[...] só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social [...]."[353]

Indo contra a legislação de quase toda a Europa, que considerava um crime de maior monta cometer um ato delituoso contra um "bem-nascido", Beccaria afirmou:

> "Outros avaliam os delitos mais pela dignidade da pessoa ofendida que por sua importância em relação ao bem público. Se fosse essa a verdadeira medida dos delitos uma irreverência para com o Ser dos seres, deveria punir-se mais severamente do que assassínio de um monarca, dado que a superioridade da natureza divina compensaria infinitamente a diferença da ofensa."[354]

Outro princípio interessante, coroado pelo Italiano, é aquele que podemos chamar de "O Princípio do Princípio de Justiça", que é o da Igualdade. Beccaria considera, baseado nas diferenças sociais de sua época:

> "A quem disser que a pena aplicada ao nobre e ao plebeu não é realmente a mesma em virtude da diversidade da educação e da infâmia que se derrama sobre uma e ilustre família, responderei

352 No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXIX, afirma: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." O mesmo texto pode ser visto no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 1º.

353 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 45.

354 Ibidem, p. 53.

> que não se medem as penas pela sensibilidade do réu, mas sim pelo dano público, tanto maior quanto é ocasionado pelo mais favorecido; que a igualdade das penas só pode ser intrínseca diferindo realmente em cada indivíduo e a infâmia de uma família inocente pode ser cancelada pelo soberano com demonstrações públicas de benevolência."[355]

Ainda sobre as penas, afirma ser necessário que os juízes (e em um sentido mais estrito ninguém a não ser quem legisla) não possam interpretá-las, mas aponta como pior que a interpretação os males causados pela obscuridade das leis.

b) Sobre as Penas Cruéis e a Pena de Morte

Como para Beccaria a pena deveria, antes de tudo, ser pensada por sua utilidade, sendo somente aplicável aquelas cujo proveito a sociedade poderia usufruir, a crueldade das penas impostas em sua época levou o pensador a indicar um caminho oposto ao em uso. Para ele, penas cruéis não eram garantia de alcançar os objetivos de leis e penas, que foram indicados anteriormente.[356]

Para o iluminista:

> "Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mes-

---

355 *Ibidem*, p. 83.
A Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo 5º, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]."

356 A Constituição Federal Brasileira de 1988 indica em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", que não haverá penas cruéis embora o nosso sistema carcerário não possa ser adjetivado de outra forma.

> mo os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o espírito humano, enquanto a esperança, dom celestial que freqüentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, concedida amiúde pela venalidade e pela fraqueza, fortalece a esperança."[357]

Beccaria acrescenta que a crueldade das penas leva a duas consequências: a primeira é que penas cruéis levam a impossibilidade de se ter a proporção entre delitos e penas, o que pode acarretar os danos já indicados; a segunda é que penas cruéis servem de espetáculo público e, como tal, são passageiros, levando portanto a um esquecimento mais rápido, o que não ocorreria caso houvesse um sistema de penas.[358]

A infalibilidade da pena, indicada pela citação anterior, também é entendida por Beccaria como devendo ser algo o mais imediato possível. Para o autor, a pena deve ser aplicada o mais rápido possível para que a justiça e a utilidade sejam alcançadas.

Coroando todo um raciocínio de utilidade e proteção da Nação, Beccaria condena veementemente a pena de morte, indicando com impetuosidade: "Se, no entanto, eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei vencido a causa da humanidade".[359]

Ainda baseado na teoria do Pacto, questiona:

> "Qual será o direito que os homens se reservam de trucidar seus semelhantes? [...] Mas quem será o homem que queira deixar a outros o arbítrio de matá-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? E, se assim fosse, como se coaduna tal princípio com o do outro, de que o homem não pode matar-se? Não deveria ele ter esse direito se pôde atribuí-lo a outrem ou à sociedade inteira?"[360]

---

357 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 92.
358 *Ibidem*, p. 93.
359 *Ibidem*, p. 95.
360 *Ibidem*, p. 94.

No pensamento do iluminista só existem dois motivos que podem dar à morte uma característica de necessidade: se o indivíduo, mesmo privado de sua liberdade, for uma ameaça à segurança nacional ou se a existência do sujeito puder levar a uma revolução "perigosa para a forma de governo estabelecida".[361]

Em contrapartida, defende a prisão perpétua, mesmo porque, para Beccaria:

> "Para que uma pena seja justa, só deve ter aqueles graus de intensidade que bastem para dissuadir os homens dos delitos; ora, não há ninguém que, refletindo a respeito, possa escolher a perda total e perpétua da própria liberdade, por mais vantajoso que um delito possa ser; assim, a intensidade da pena de escravidão perpétua, substituindo a pena de morte, contém o que basta para dissuadir o espírito mais determinado."[362]

c) Do Processo

Em sua época (como em anteriores, como vimos em outros capítulos), Cesare Beccaria e seus contemporâneos conviviam com Processos Penais duros, cruéis e estúpidos. Esses processos eram cercados de derramamento de sangue, dores e injustiça.

Em seu livro, o italiano coloca-se contra a tortura no processo como meio de obtenção de prova, leia-se confissão. Para ele, isso é estéril não somente pela falta de humanidade de tal ato, como também porque "este é o meio seguro de absolver os celerados vigorosos e de condenar os inocentes fracos".[363] Com uma certa dramaticidade, ele defende a não-utilização da tortura:

---

361 *Ibidem*, p. 94.

362 *Ibidem*, p. 97.

363 "O art. 5º da Constituição Federal prevê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); bem como que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura [...] por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem." MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 69.

> “A lei que ordena a tortura é uma lei que diz: Homens, resisti à dor e se a natureza criou em vós um inextinguível amor-próprio, se ela vos deu o direito inalienável de vos defenderdes, desperto em vós o sentimento contrário, o ódio heróico de vós mesmos, e ordeno que sejais vossos próprios acusadores e que digais a verdade ainda que vos dilacerem os músculos e vos quebrem os ossos.”[364]

O uso de meios violentos para a obtenção da confissão do réu é injusto, também na visão de Beccaria, porque parte de um pressuposto que fere de morte um princípio de justiça, humanidade e proteção individual que, se não utilizado, inverte de forma imoral o papel da Justiça e do Processo. Esse princípio é aquele chamado *In Dubio Pro Reo*, que indica que o indivíduo somente pode ser considerado culpado após ser provada a sua culpa e após ser condenado.[365]

No século XVIII e durante toda a Idade Moderna e Média, o princípio usual era o *In Dubio Pro Societate*, ou seja, em havendo qualquer possibilidade de o réu ser culpado, este deveria ser condenado como forma de proteção à sociedade.

Para a condenação de um indivíduo de forma justa e conservando o princípio da presunção de inocência, Beccaria indica os tipos de prova e analisa-os de forma a apontar quais seriam as provas eficazes para uma condenação baseada no princípio de justiça.[366]

---

364 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 75.

365 Este princípio não é utilizado de forma absoluta no Direito Penal brasileiro, conforme os argumentos de Mirabete: “Como conseqüência direta do princípio do devido processo legal instalou-se na doutrina e nas legislaçoes e denominado **princípio da ‘presunção de inocência’**. [...] Nesses termos, haveria uma presunção de inocência do acusado da prática de uma infração penal até que uma sentença condenatória irrecorrível o declarasse culpado. De tempos para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio que, levado às ultimas conseqüências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*iuris et de iuri*) a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa (*iuris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva.” MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

366 Ainda em Mirabete podemos ver uma das tipologias de prova aplicadas hoje: “Inúmeras têm sido as classificações de prova oferecidas pela doutrina e, em alguns países, pela lei. Quanto ao **objeto**, a prova pode ser **direta**, quando por si demonstrar o fato, quando dá a certeza deles por testemunhas, documentos etc. ou **indireta**, quando comprovado um outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua alegação com o primeiro, co-

As provas podem ser boas para os objetivos que Beccaria propõe quando estas independem uma das outras e podem ser ruins quando há indícios que somente se provam entre si. Assim, são classificadas as provas em "Dos Delitos e das Penas":

> "Podem-se distinguir as provas de um crime em perfeitas e imperfeitas. Chamo perfeitas as que excluem a possibilidade de alguém não ser culpado, chamo imperfeitas as que não a excluem. Das primeiras, é suficiente uma só para a condenação; das outras, são necessárias tantas quantas bastem para formar uma prova perfeita, vale dizer, que, se com cada uma delas em particular é possível que alguém não seja culpado, diante de sua união no mesmo caso é impossível que não o seja. Note-se que as provas imperfeitas pelas quais o réu pode justificar-se e não o faça a contento se tornam perfeitas."[367]

Prova testemunhal considerada por alguns até hoje como primordial e para outros como "a prostituta das provas" é para Beccaria um ponto importante que deve constar objetivamente na legislação.[368] Para ele, como no Deuteronômio da Bíblia e em quase todas as legislações atuais, uma só testemunha não é suficiente.[369]

Além disso, para o iluminista o importante é a questão da credibilidade da testemunha. Em suas palavras:

---

mo na hipótese de um *álibi*, em que a presença comprovada do acusado em lugar diverso do crime permite concluir que não praticou o ilícito. Em razão de seu **efeito** ou **valor**, a prova pode ser **plena**, completa, convincente (exigida, por exemplo, para a condenação), ou **não plena**, uma probabilidade de procedência da alegação (suficiente para medidas preliminares como arresto, seqüestro, prisão preventiva, apreensão etc.)." *Ibidem*, p. 258.

367 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 65.

368 "Lembra porém E. Magalhães Noronha que, máxime no processo penal, é o testemunho a prova por excelência, já que o crime é um fato, é um trecho da vida e, conseqüentemente é, em regra, percebido por outro." MIRABETE, J. F. *Op. cit.*, p. 305.

369 "[...] não vigora no nosso direito o brocado '*testis unus, testis nullus*'. Uma só testemunha faz prova bastante para a decisão quando seu depoimento se harmoniza com o mais que se apurar no processo." *Ibidem*, p. 306.

> “Todo homem razoável, isto é, que tenha um certo nexo nas suas idéias e cujas sensações sejam conformes às dos outros homens, pode ser testemunha. A verdadeira medida da sua credibilidade é tão-somente o seu interesse em dizer ou não a verdade, razão por que resulta frívolo o argumento da fraqueza das mulheres [...].”[370]

Assim, ele não somente considera que diferenças de nível social não são indicativos de credibilidade (o que era comum), bem como contrasta argumentos, utilizados até muito pouco tempo atrás, de que mulheres não seriam testemunhas confiáveis.[371]

A credibilidade da testemunha é, para o italiano, ao contrário da ideia corrente (mesmo hoje), inversamente proporcional ao impacto do crime, dessa forma a “credibilidade de uma testemunha torna-se tão sensivelmente menor quanto mais cresce a atrocidade do delito”.[372]

Beccaria considera ainda que a lei deve ser clara, não pode ser uma ciência que limita o julgamento, principalmente o julgamento feito por jurados. Ele explica que:

> “É utilíssima a lei que faz cada homem ser julgado pelos seus pares, pois onde entra em jogo a liberdade e a sorte de um cidadão devem calar-se os sentimentos inspirados pela desigualdade [...]. Mas quando o delito for uma ofensa a um terceiro, então metade dos juízes deverão ser pares do réu, metade pares do ofendido. [...] É ainda conforme a justiça que o réu possa excluir até certo ponto os jurados que lhe são suspeitos [...].”[373]

---

370 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 62.

371 Jayme de Altavila cita um professor argentino da década de quarenta do século XX, que afirma: “O sexo é outro fator. A mulher depõe mais sob o influxo dos sentimentos e paixões do que o homem. Sua psique torna-se mais irritável por seus estados patológicos normais. Sua emoção aumenta em estado de gravidez e, além do mais, é facilmente sugestionável.” LEVENE, Ricardo. *Apud* ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 70. É interessante salientar que pensamentos como estes que aparecem muitas vezes em nossa cultura esquecem de analisar as guerras que as mulheres não fizeram, as brigas de rua que não são provocadas por mulheres e muitos males que são causados pela emoção que é Humana, indiferentemente de gênero e, por isso, é boa se bem conduzida.

372 BECCARIA, C. *Op. cit.*, p. 63.

373 *Ibidem*, p. 66.

Portanto, para melhor busca do objetivo, que é o "ser justo", Beccaria adverte que as acusações não devem ser secretas, ou seja:

> "Que os julgamentos sejam públicos e públicas as provas do delito, para que a opinião, que é talvez o único cimento da sociedade, ponha um freio à força das paixões, para que o povo diga 'não somos escravos e somos protegidos' [...]."[374]

d) Como Prevenir os Delitos

Nesse ponto de seu livro, Beccaria demonstra que era de fato um pensador, não um daqueles alheios à realidade, mas um iluminista que, como tal, buscava soluções racionais que poderiam ser aplicadas independentemente do lugar.

A premissa da qual parte é a prevenção. Assim ele explica:

> "É melhor prevenir os delitos do que puni-los. É este o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida."[375]

Com uma visão muito profunda da humanidade, o iluminista adverte, entretanto, que não se previne delitos fazendo uma enorme quantidade de leis, não se consegue evitar o delito proibindo tudo que possa levar um indivíduo a cometê-lo, porque, se isso fosse feito, seria, segundo ele, necessário "privar o homem do uso dos sentidos".[376] Para impedir tal estado de coisas, ele aconselha:

> "Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos

374 *Ibidem*, p. 66.
375 *Ibidem*, p. 130.
376 *Ibidem*, p. 131.

> homens que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam só a elas. O temor das leis é salutar, mas o temor de homem a homem é fatal e fecundo em delitos."[377]

Uma outra questão importante para o italiano no que diz respeito à prevenção de delitos estava concentrada nos magistrados, nas pessoas encarregadas de julgar a população. Beccaria afirmou:

> "Outro meio de prevenir os delitos é o de interessar o colégio executor das leis antes pela observância delas do que pela corrupção. Quanto maior o número dos membros que compõem tal colégio, menor é o perigo de usurpação das leis, porque a venalidade é mais difícil entre os membros que se observam uns aos outros [...]."[378]

Finalmente, demonstrando que havia analisado todos os pontos que cercavam suas dúvidas acerca de como prevenir delitos, Beccaria não somente aconselhou a dar prêmios para a virtude como também advertiu que nada seria profícuo sem incentivar a ciência e dar ao povo educação; esta seria, segundo ele, "o meio mais seguro e mais difícil para prevenir os delitos".[379]

Quando o italiano escreveu sobre essas soluções e quando lemos estas linhas, sabemos por que ele é considerado revolucionário, mas não entendemos por que, depois de tantos séculos, essas ideias não foram aplicadas ainda em muitos países...

4. Outros Pensadores – Criminalistas do Iluminismo

Beccaria foi sem dúvida o maior pensador do direito criminal do Iluminismo; influenciou a muitos. Mas, as ideias iluministas não tinham fronteiras e, embora os principais iluministas como Montesquieu, Rousseau e o próprio Beccaria tenham marcado presença nas ideias de vários homens de sua época e das seguintes, outros também pensaram acerca do Direito Penal. Analisemos rapidamente alguns deles.

---

377 *Ibidem*, p. 131.
378 *Ibidem*, p. 135.
379 *Ibidem*, p. 136.

√ Jean-Paul Marát (1743-1793): francês, foi atuante na Revolução Francesa, escreveu "O Plano de Legislação Criminal" (*Plan de Législacion Criminelle*), no qual critica as consequências injustas do contrato social. Para ele, "os indivíduos que não obtêm da sociedade mais do que desvantagens não estão obrigados à lei." As propostas de seu livro são: instrução dos pobres e distribuição das terras da Igreja; leis justas, claras e precisas; medidas preventivas para os delitos; penas que corrijam o culpado, se não for possível as penas devem reter-se em favor da sociedade; não haver pena de morte, um rei não deve ter o direito de matar seus súditos; a pena deve surgir da mesma natureza dos delitos.

√ Karl F. Hommel (1722-1781): alemão, escreveu "Recompensa e Pena Conforme as Leis Turcas". Ele é o tradutor de Beccaria para o alemão, concorda com a maioria das ideias do italiano. As principais ideias originais de Hommel são: importância das causas sociais do delito; supressão e toda dependência teocrática do direito penal; diminuição e proporcionalidade entre penas e delitos; limitação da pena de morte.

√ Manuel de Lardizabal Y Uribe (1739-1820): mexicano radicado na Espanha, publicou "Discurso Sobre as Penas". Para ele, as penas se fundam no contrato social, mas o fundamento da legalidade não está no contrato, mas na prevenção. Ele acrescenta que as leis pressupõem a superioridade de quem a aplica e devem perseguir a utilidade pública de prevenção e melhoramento do delinquente.

√ Edward Livingstone (1764-1836): americano. Ele considerava a lei como uma ciência governada por certos princípios. Participou do processo legislativo de Columbia e os pilares fundamentais de sua legislação foram: a abolição da pena de morte e o sistema penitenciário. Este último, segundo Livingstone, deve atuar mais na alma que no corpo, para isso o indivíduo que pratica um delito deve ser aprisionado para que sinta a privação de liberdade, deve estar em estado de solidão para que reflita, trabalhe para prevenir a ociosidade e seja instruído.

√ Antoine-Joseph-Michel Servan (1739-1807): francês (?). Ideias muito próximas às de Beccaria. No pensamento de Servan encontramos a distinção entre crime e delito, o primeiro seria produto de atos contra as leis naturais, o segundo, contra a sociedade política. A natureza do delito seria, para ele, o dano público ou social, nunca o dano particular. A pena deve reparar o dano, corrigir e conter no futuro tanto o culpado quanto a quem quiser imitá-lo.

√ Pascoal José de Mello Freire dos Reis (1738-1789): português (?). Foi muito influenciado por Beccaria e Montesquieu. Para Reis a finalidade da pena deve ser: corrigir o apenado, fazer o melhor aos outros, separar os maus dos bons para que estes últimos vivam mais tranquilos.[380]

380 ASÚA, L. Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1971, *passim.*

CAPÍTULO XI
AS REVOLUÇÕES
ESTADOS UNIDOS E FRANÇA NO SÉCULO XVIII

1. A Independência dos EUA

1.1. Introdução

O rompimento dos laços coloniais efetuados pela Independência dos Estados Unidos da América do Norte foi um marco para todo o ocidente. Essa ruptura marcaria profundamente o processo de fim do Antigo Regime.

Muitos indicam essa independência como sendo uma Revolução e, em muitos sentidos, foi de fato. Muitas coisas eram novas, inclusive um país nascido de um processo de colonização, um Estado Republicano, sem reis e majestades, uma democracia representativa, que deveria garantir que a vontade da maioria prevalecesse nesse Estado.

A formação do Estado norte-americano pode ser vista como diferenciada desde os primórdios da colonização das 13 Colônias (maneira que era chamada a colônia inglesa na América). Mas não devemos considerar que essa diferença residia no fato de que a Inglaterra desejava fazer uma "colônia de povoamento" em oposição aos outros Estados colonizadores europeus que faziam "colônias de exploração".

Toda colônia existia, por definição, para dar lucros à metrópole, independentemente da maneira que esse lucro se realizaria. O ideal era que a colônia tivesse como produzir mercadorias complementares às mercadorias produzidas pela metrópole, assim ela poderia comprar da metrópole e vender para esta dentro do Pacto colonial, que obrigava a colônia a somente comercializar com sua metrópole, potencializando lucros.

No caso das 13 Colônias, havia uma divisão de potencial de exploração e essa divisão não era humana, mas sim é gerada pelo clima. As colônias mais ao norte tinham clima muito parecido com a Europa, não podendo, portanto, ser usadas como fonte de produtos complementares, as do sul tinham todas as características para uma exploração colonial e assim ocorreu.

Nas Colônias do Norte existiam pequenas propriedades e a maior parte da mão de obra utilizada era livre. Somente madeira, apetrechos de pesca e navais atraíam o interesse europeu. Já as do Sul eram baseadas no sistema que ficou conhecido como *plantation*, isso significa que eram colônias com latifúndios (grandes extensões de terra com um só proprietário), monocultores (que plantavam basicamente um só produto), exportadores (a produção era realizada com vistas exclusivamente para a exportação), escravocratas.

Mas, se a colônia tinha por objetivo dar lucros à Metrópole, por que colonizar o Norte das 13 Colônias? O lucro advindo dessa colonização era político. Por muito tempo, as Colônias do Norte foram paradeiro final de grupos e pessoas não desejadas e/ou insatisfeitas com a política ou religião na Inglaterra. As 13 Colônias do Norte eram, portanto, uma excelente válvula de escape que minimizavam as pressões políticas na Metrópole.

As Colônias do Norte, não por falta de legislação impeditiva, mas por total descumprimento ou condições de efetividade, tinham um desenvolvimento comercial que ultrapassava os limites da Colônia Inglesa. Esse fato, somado ao tipo de colono que foi para lá, fez com que a população da chamada "Nova Inglaterra" tivesse características peculiares que demonstravam uma tendência muito forte à independência. Isso pode ser visto na Declaração assinada pelos primeiros colonos:

> "Nós, cujos nomes se seguem, que, pela glória de Deus, o desenvolvimento da fé cristã e a honra de nossa pátria, empreendemos estabelecer a primeira colônia nestas margens afastadas, convimos. Por este meio, por consentimento mútuo e solene, e perante Deus, formar-nos em corpo de sociedade política, com o fim de nos governarmos e de trabalhar pela consecução de nossos objetivos; e, em virtude deste contrato, concordamos em promulgar leis, atos, ordenações, e em instituir, segundo a necessidade, magistrados aos quais prometemos obediência e submissão."[381]

381 TOCQUEVILLE *apud* BRUCKBERGER, R.L. **A república americana**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960, p. 27.

Bruckberger sustenta a tese de que, em tendo sido uma colonização basicamente de puritanos, essa gente e suas características principais teriam dado esse tom de independência desde o início. Pois, para ele:

> "Não faziam qualquer distinção entre liberdade metafísica e liberdade política. Se Deus tinha criado o homem livre, era um escândalo e sacrilégio, uma ofensa a Deus, negar essa liberdade aos homens, em qualquer setor, inclusive o político. É com efeito nesse plano místico e prático da liberdade política que estão a descoberta e a glória dos puritanos. É esse, essencialmente, o conteúdo de sua utopia, é a grande revelação original que trouxeram ao mundo e sobre a qual ainda hoje a América se baseia."[382]

A partir do século XVIII, o comércio das 13 Colônias chegou a tal ponto que passou a concorrer com o comércio inglês e, indubitavelmente, era o último papel reservado a uma colônia. Essa concorrência gerou atritos que engendraram uma necessidade, na Metrópole, de colocar a colônia no seu devido lugar, ou seja, como economia subordinada, com vistas a dar lucros à Metrópole.

Além desses atritos, a Inglaterra havia saído de uma guerra com a França (a Guerra dos Sete Anos – 1756/1763) e, embora vitoriosa, teve enormes gastos com a campanha militar e desejava que a colônia contribuísse para cobrir esse problema orçamentário.

Taxas foram aumentadas como a do açúcar (*Sugar Act* de 1764) e a do selo (*Stamp Act* de 1765 – que exigia que todos os documentos fossem selados bem como jornais, baralhos etc. A renda obtida no pagamento desses selos iria para o governo inglês). Essas medidas, além de visarem cobrir despesas, eram também uma forma de retaliação contra os colonos que, na Guerra dos Sete Anos, ajudaram os Franceses.

A reação dos colonos foi imediata, já em 1765 reuniram-se em Nova Iorque (Congresso da Lei do Selo) e decidiram boicotar o comércio inglês. Os comerciantes ingleses então pressionaram o Parlamento, e a lei do Selo foi revogada, e a taxa do açúcar, reduzida.

---

382 BRUCKBERGER, R. L. *Op. cit.*, p. 32. O autor afirma que os puritanos não se achavam acima da lei, mas consideravam ser um direito dado por Deus a participação em sua elaboração.

Outras tentativas inglesas foram engendradas e todas tiveram respostas rápidas e seguras; a crise eclodiu em 1773 com a Lei do Chá (*Tea Act*), que dava monopólio desse comércio à Companhia das Índias Orientais.[383] A companhia ficaria responsável pelo transporte do chá diretamente das Índias para a América. Além do prejuízo óbvio para os colonos norte-americanos, quem poderia garantir que tal atitude não se estendesse a outros produtos?

No porto de Boston, comerciantes mal disfarçados de índios destruíram a carga de três navios carregados de chá, e a Inglaterra reagiu com as Leis Intoleráveis, o que derivou uma nova reação dos colonos.

Todos esses problemas afetavam diretamente os colonos do Norte, mas os outros, agricultores, não tinham grandes prejuízos com essas taxas. A crise criada pela Inglaterra com os fazendeiros foi outra.

Até 1763 a Inglaterra incentivava a ocupação de terras situadas a Oeste, como forma de combater as pretensões territoriais de Espanha e França. Com o fim da Guerra dos Sete anos, o governo inglês ficou com o Canadá, o vale do rio Ohio e a margem esquerda do rio Mississipi; além de várias ilhas nas Antilhas e a Flórida, que pertencia à Espanha, que apoiou a França na guerra.

Com todo esse território, a Inglaterra inverteu sua política e proibiu que as terras a oeste das 13 Colônias fosse ocupada. Essas leis acabavam por decretar a falência tanto dos colonos pioneiros, que comumente vendiam suas terras para pagar dívidas e avançavam mais a oeste, quanto dos grandes proprietários das 13 Colônias do Sul, que só conseguiam saldar dívidas com comerciantes ingleses ocupando novas terras.

Mas a questão não era puramente econômica, era apenas um estopim. Como explicar uma Metrópole, como a Inglaterra, que fazia revoluções contra reis e bradava igualdade (ainda que relativa), que afirmava – como no *Bill of Rights* – que nem o rei deveria estar acima da lei, subordinar a colônia deste jeito? Como explicar aos colonos, liderados por inteligências banhadas no Iluminismo, que a liberdade da Inglaterra não era aplicável aos colonos?

Os ingleses da América sentiam-se ingleses e não consideravam suportável serem tratados de outro modo. Talvez como desculpa para

383 Antes da Lei do Chá houve a Lei do Aquartelamento – 1765 –, que obrigava os norte-americanos a contribuir com alojamento, víveres e transportes para tropas inglesas, e os Atos Townshend que exigiam o pagamento de impostos pelos colonos sobre chá, vidro, papel, zarcão etc. Todos estes foram revogados após boicotes e pressões dos colonos.

não pagarem impostos, talvez por ideologia e um orgulho imenso, os norte-americanos ligavam de maneira indiscriminada seus direitos políticos e o fisco. Não poderia haver impostos sem a representação no Parlamento Inglês. Era simples: se não eram cidadãos que pudessem participar ativamente das decisões, não poderiam ser cidadãos obrigados a contribuir com elas.

O sentimento anti-inglês foi, sem dúvida, potencializado por todos esses problemas econômicos, mas a revolução que os norte-americanos produziram nasceu do pensamento dos primeiros colonos puritanos e também como um somatório, de homens educados na ideologia Iluminista. Mas a ideologia puritana foi, sem dúvida, a base.

Essa afirmação pode ser atestada por uma entrevista com um combatente da Guerra de Independência:

> "– Capitão Preston, por que o senhor foi à batalha de Concord, em 19 de abril de 1775?[384]
> Curvado sob o peso dos anos, ergueu-se o ancião, virou-se para mim e indagou:
> – Por que fui?
> – Sim (respondi), os livros dizem que vocês, homens da Revolução, pegaram em armas contra 'uma opressão intolerável'.
> – Que opressões foram essas? Nunca as senti.
> – O senhor não se sentiu oprimido pelo 'Stamp Act'?
> – Nunca vi esses selos. Sempre pensei que o governador Bernard os tinha metido no castelo William. Tenho a certeza absoluta de que nunca paguei um peni por qualquer desses selos.
> – E o imposto do chá?

384 "1775, 18 de abril: Soldados da guarnição de Boston são enviados à aldeia de Concord onde alguns patriotas estão reunidos com dois de seus chefes, Samuel Adams e John Hancok. A marcha dos soldados é interrompida em Lexington por uns 50 patriotas armados. Trava-se um combate, oito patriotas morrem. Os soldados conseguem chegar a Concord, mas lá são recebidos por um fogo cerrado. São obrigados a dar meia volta sem terem cumprido a sua missão. A caminho, são perseguidos sem descanso pelos patriotas, agora também conhecidos como 'rebeldes'. No total, de 2.500 homens os ingleses perderam 247, a décima parte de seu efetivo. A guerra, ou mais exatamente a revolução, começou." GODECHOT, J. **A Revolução Francesa:** cronologia comentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, p. 38.

– O imposto do chá?... Nunca bebi uma gota desse líquido. Os rapazes lançaram-no ao mar.
– Suponho que, pelo menos, tenha lido HARRINGTON, ou SYDNEY e LOCKE, sobre os princípios eternos de liberdade...
– Não conheço... Nós líamos a Bíblia, o catecismo, os hinos e os salmos de Watt, e o Almanaque.
– Enfim, que houve? Qual foi a sua idéia quando decidiu lutar?
– Jovem, a nossa idéia quando nos lançamos contra esses casacas-vermelhas era que nos governávamos a nós próprios e sempre achamos isso. Eles achavam que não tínhamos esse direito."[385]

Então alguns líderes eram intelectuais e outros eram puritanos pragmáticos que objetivavam manter a crença no autogoverno. E o povo? Participou deste movimento? Segundo Aptheker, os mais simples do povo costumavam participar de discussões públicas. Isso, para desespero da elite norte-americana e asco dos ingleses.

> "[...] Em 1774, um ministro religioso da Carolina do Sul ousou pregar um sermão, declarando 'que mecânicos e caipiras não tinham o direito de se manifestar sobre política ou sobre aquilo que reis, lordes e legisladores haviam feito'. É escusado dizer que este viu-se logo sem sua congregação e um jornal colonial elogiou sua demissão com as seguintes palavras: 'os representantes espirituais devem aprender que os mecânicos e os caipiras (tratados de maneira infame) são os verdadeiros e absolutos senhores reis, lordes, legisladores e pastores'."[386]

1.2. O Início do Processo de Independência e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia

A resposta mais contundente às Leis Intoleráveis foi a reunião de representantes dos colonos no Primeiro Congresso Continental de

385 *Ibidem*, p. 51.
386 APTHEKER, H. **Uma nova história dos Estados Unidos:** a revolução americana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 45.

Filadélfia, que aconteceu em setembro de 1774. A princípio, essa reunião não tinha caráter separatista, por isso o Congresso enviou uma petição ao Parlamento inglês e ao rei solicitando a revogação das leis por causa da igualdade de direitos entre ingleses e norte-americanos.

No ano seguinte, conflitos provocaram a morte de alguns colonos; estes acabaram por se organizar militarmente. Ao mesmo tempo, reuniu-se o Segundo Congresso Continental de Filadélfia, agora claramente favorável à independência.

A Virgínia tomou a frente nesse processo e declarou-se independente antes de todos os outros Estados. Como forma de deixar claros sua independência e seus ideais, os representantes do povo da Virgínia redigiram um documento chamado "Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia", que, sem dúvida, representam um marco para a Liberdade Individual como conceito, sendo o primeiro documento escrito, com valor jurídico, a coroar muitos dos ideais iluministas. Vejamos alguns de seus pontos:

Primeiramente, os representantes do povo da Virgínia buscaram definir o que era, para eles, fundamental e irrevogável. A isso, eles chamaram "direito natural":

> "Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança."[387]

O segundo artigo inicia com uma ideia que, em tese – e não na prática – é tão antiga quanto a Lei das XII Tábuas, de que o poder deve vir do povo, mas a Declaração da Virgínia acrescenta elementos do pensamento Iluminista, principalmente quando indica a representatividade e as responsabilidades:[388]

---

387 Artigo 1º.

388 Na Tábua 11ª. Da Lei das XII Tábuas consta que: "Que a última vontade do povo tenha força de lei". Embora esta questão muitas vezes não tenha sido levada a sério, é necessário salientar que os romanos consideravam, em tese, ao menos a força do povo.

> “Que todo poder é inerente ao povo e, consequentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.”

O artigo terceiro indica a responsabilidade do Governo e aponta a possibilidade de revolta contra um governo não adequado a estas responsabilidades. Dessa forma, a Declaração subordina o Governo ao povo.

> “Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.”

O quarto artigo iguala a todos, proibindo privilégios e nega a possibilidade de hereditariedade nos cargos públicos.

> “Que nenhum homem ou grupo de homens tem direito a receber emolumentos ou privilégios exclusivos ou especiais da comunidade, senão apenas relativamente a serviços públicos prestados; os quais, não podendo ser transmitidos, fazem com que tampouco sejam hereditários os cargos de magistrado, de legislador ou de juiz.”

O artigo quinto inicia com a indicação de utilização plena das ideias de Montesquieu acerca do poder tripartite e completa-se obrigando que os representantes sejam eleitos periodicamente, o que demonstra o intuito democrático (em termos de Democracia Representativa) dessa Declaração.

> “Que os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados, devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes), segundo disponham as leis.”

No próximo artigo é assinalado que as eleições devem ser livres e que todos os homens com “capacidade” podem participar. Isso elimina a exclusão por renda, comum nos sufrágios da Inglaterra, mas não acrescenta, como sufragistas nem mulheres nem escravos. O mesmo artigo salienta que os impostos somente podem ser cobrados sob duas condições: a primeira diz respeito à necessidade, a segunda, à aprovação pelos representantes eleitos.

> “Que as eleições de representantes do povo em assembléia devem ser livres, e que todos os homens que dêem provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio e não possam ser submetidos à tributação nem privados de sua propriedade por razões de utilidade pública sem seu consentimento, ou o de seus representantes assim eleitos, nem estejam obrigados por lei alguma à que, da mesma forma, não hajam consentido para o bem público.”

Ainda no mesmo sentido de deixar claro os poderes dos representantes eleitos, segue o artigo sétimo:

> “Que toda faculdade de suspender as leis ou a execução destas por qualquer autoridade, sem consentimento dos representantes do povo, é prejudicial aos direitos deste e não deve exercer-se.”

Os próximos três artigos demonstram claramente a influência do Iluminista Beccaria no ideário destes que redigiram a Declaração. No caso da escolha do número de jurados, doze nesse contexto, a ver com os doze apóstolos e toda a tradição cristã na qual essa nação se formou.

> "Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares."

> "Não serão exigidas fianças ou multas excessivas, nem infligir-se-ão castigos cruéis ou inusitados."

> "Que os autos judiciais gerais em que se mande a um funcionário ou oficial de justiça o registro de lugares suspeitos, sem provas da prática de um fato, ou a detenção de uma pessoa ou pessoas sem identificá-las pelo nome, ou cujo delito não seja claramente especificado e não se demonstre com provas, são cruéis e opressores e não devem ser concedidos."

O julgamento por um corpo de jurados não é, como no Brasil, somente para casos de crimes contra a vida. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia semeia a ideia – que será corrente em todos os Estados da América do Norte – de que os jurados devem ser utilizados também em outros casos, incluídos os de litígio acerca da propriedade.

> "Que em litígios referentes à propriedade e em pleitos entre particulares o antigo julgamento por júri de doze membros é preferível a qualquer outro, devendo ser tido por sagrado."

A liberdade de imprensa é também contemplada nesta declaração:

> "Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos."[389]

Bem como a liberdade religiosa. Entretanto, se atentarmos para o artigo 16, poderemos constatar que, embora a escolha da religião seja livre, o modelo a ser seguido é o cristão, monoteísta.

> "Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo."

1.3. A Declaração de Independência

A 4 de julho de 1776, delegados de todos os territórios, reunidos na Filadélfia, promulgaram a Declaração de Independência que foi redigida por Thomas Jefferson. Essa declaração é um corolário do ideal anteriormente mencionado, de autogoverno – levado para a América do Norte pelos puritanos – e do Iluminismo.

> "[...] a Declaração da Independência é a maior expressão do 'grande Iluminismo', prenhe de um 'humanismo ilimitado', refletindo a idéia de abandono de manjar no céu em troca de leite e pão na terra. Participava do comitê de redação Benjamin Franklin, que personificava, com Voltaire, o Iluminismo, e acreditava que: 'é impossível imaginar a que alturas poderá alcançar num mi-

389 Artigo 12.

> lhar de anos, o poder do homem sobre a matéria'. Franklin confiava no progresso, na capacidade do homem de desenvolver seus conhecimentos, não apenas da natureza, mas de si próprio, e lamentava haver 'nascido tão cedo'."[390]

A questão do autogoverno é demonstrada na Declaração de independência já em seu primeiro parágrafo:

> "Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário para um povo dissolver o vínculo político que o mantinha ligado a outro, e assumir entre as potências da terra a situação separada e igual a que as leis da natureza e o Deus da natureza lhe dão direito, um decoroso respeito às opiniões da humanidade exige que ele declare as causas que o impelem à separação."

Quando um povo se sente no direito de "dissolver o vínculo político que o mantinha ligado a outro" é porque considera que o autogoverno ou autodeterminação é ponto pacífico em sua vida.

Com muitas falhas, a Declaração de Independência é um documento que indica o caminho da democracia, não a que seria ideal, mas a que era possível para as cabeças dominantes do século XVIII. Assim é que ficaram independentes os americanos, mas não todos.

Particularmente interessante, nesse sentido, é o fato de a Declaração falar de igualdade, liberdade e da busca da felicidade, enquanto ameríndios e 600.000 escravos americanos (aproximadamente) – escravos perpétuos que transmitiam seus *status* a toda a sua geração por intermédio da linha materna – eram mantidos no trabalho sob a chibata. Sem dúvida, um dos fatos mais dolorosos e mais reveladores do caráter da história americana é o de o próprio autor da Declaração de Independência haver sido um proprietário de escravos.[391]

O caso da não-inclusão das mulheres poderia passar como sendo mais um dos momentos na história que as mulheres, subordinadas, sequer puderam exprimir seus desejos. Mas este já não era mais o caso.

---

390 APTHEKER, *op. cit.*, p 113.
391 *Ibidem*, *passim.*

A esposa de Jonh Adams, um dos "pais" da Independência norte-americana, debateu, embora em vão, com o marido.

> "Foi por isso que a mulher de John Adams, Abigail, escreveu-lhe: 'não posso dizer que o acho muito generoso para com as damas; pois, enquanto proclama a paz e a boa vontade entre os homens emancipando todas as nações, insiste em manter um poder absoluto sobre as mulheres'. Pouco tempo depois, em 1778, essa mulher formidável declarava: 'lamento essa educação frívola, estreita e convencional que se dá às mulheres de meu país'. Poucos eram os homens na América que concordavam com isso, mas havia exceções. Entre esses homens encontravam-se James Wilson e o William White, ambos da Pensilvânia, que criticavam a subordinação da mulher e negavam sua inferioridade mental. E isso por volta de 1768."[392]

1.4. A Constituição Norte-Americana

Após a Declaração de Independência e ainda em meio aos combates para defendê-la, os representantes dos territórios viram-se diante de um dilema: como manter a união das antigas 13 Colônias sem ferir o princípio de autodeterminação que tanto contribuiu para que essa luta saísse vitoriosa?

No mesmo dia em que o Congresso na Filadélfia nomeou a comissão para redigir a Declaração de Independência, outra foi criada para buscar estabelecer as bases da união definitiva dos Estados Unidos, bem como determinar sua forma de governo.

Em 1777 ficou pronto um documento intitulado Artigos de Confederação (*Articles of Confederation*), que estabelecia a união dos Estados sob bases muito frágeis. O governo federal não teria Poder Executivo e Corte Suprema (para interpretação de leis, ao menos). Haveria apenas uma Câmara de Representantes, mas sua composição era feita sem levar em conta o tamanho ou a composição dos Estados.

392 *Ibidem*, p. 117.

Esse documento retirava, ainda, do Congresso, que até o momento era quem governava a nação, o direito de instituir taxas e impostos, de tal forma que se tornou impossível manter e pagar as dívidas da Confederação.

Essa situação tornava-se mais grave na medida em que, com estas bases precárias, vários Estados da Confederação não aderiram ao documento, e empréstimos em países estrangeiros tornavam-se muito difíceis ou eram efetuados com condições extremamente desfavoráveis, mesmo porque a Confederação não tinha muitas garantias de estabilidade para oferecer.

Para tentar resolver esse problema a Assembleia do Estado da Virgínia convocou uma Convenção a reunir-se na cidade de Annapolis com o objetivo de emendar os Artigos de Confederação, os pontos que consideravam importantes. Entretanto, somente cinco Estados atenderam à convocação; assim foi decidido fazer outra convocação, para uma reunião na Filadélfia, após um ano. Depois de tudo isso foi apenas um homem, o representante de Nova York, Alexander Hamilton, quem convocou o Congresso Constitucional.

A Constituição elaborada pela Convenção da Filadélfia foi finalizada em 1787 e consistia, originariamente, de um preâmbulo e sete artigos e assim foi aprovada pela maioria de trinta e nove dos cinquenta e cinco delegados que representavam os doze Estados (o Estado de Rhode Island não compareceu). Todos os Estados acabaram por ratificá-la.

A Constituição determina a divisão dos poderes em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. O legislativo é bicameral, ou seja, tem duas câmaras, a Câmara dos deputados, chamada "Casa dos Representantes" (*House of Representatives*) e o Senado.

Os deputados devem ser eleitos de dois em dois anos, devendo ter idade mínima de vinte e cinco anos e ser cidadão a sete. O número de representantes é proporcional ao número de habitantes de cada Estado:

> "O número de Representantes, assim como impostos diretos, serão fixados, para os diversos Estados que fizerem parte da União, segundo o número de habitantes, assim determinado: o número total de pessoas livres, incluídas as pessoas em estado de servidão por tempo determinado, e excluídos os índios não taxados, somar-se-ão três

quintos da população restante. O recenseamento será feito dentro de três anos depois da primeira sessão do Congresso dos Estados Unidos, e, em seguida, decenalmente, de acordo com as leis que se adotarem. O número de Representantes não excederá de um por 30.000 pessoas, mas cada Estado terá no mínimo um representante. Enquanto não se fizer o recenseamento, o Estado de New Hampshire terão direito de eleger três representantes, Massachussetts oito, Rhode Island e Providence Plantations um, Connecticut cinco, New York seis, New Jersey quatro, Pennsylvania oito, Delaware um, Maryland seis, Virginia dez, North Carolina cinco, South Carolina cinco, e Geórgia três."[393]

Os senadores – que necessariamente têm que ter 30 anos e ser cidadãos há nove anos, no mínimo – em número de dois para cada Estado são eleitos por seis anos, mas a cada dois anos um terço das vagas no senado devem ser colocadas à disposição para eleições. Foi, dessa forma, que iniciaram o estabelecimento desse procedimento:

> "Logo após a reunião decorrente da primeira eleição, os Senadores dividir-se-ão em três grupos iguais, ou aproximadamente iguais. Decorridos dois anos, ficarão vagas as cadeiras dos Senadores do primeiro grupo, as do segundo grupo findos quatro anos, e as do terceiro terminados seis anos, de modo a fazer bianualmente a eleição de um terço do Senado. Se ocorrerem vagas, em virtude de renúncia, ou qualquer outra causa, durante o recesso da Assembléia estadual, o Executivo estadual poderá fazer nomeações provisórias até a reunião seguinte da Assembléia, que então preencherá as vagas."

O funcionamento das duas casas ocorre da seguinte maneira: geralmente uma proposição é a um ou mais deputados, que a transformam em projeto de lei e a apresentam à assembleia. Depois de

---

393 Artigo I, seção 2, § 3º.

formalmente apresentado o projeto, segue para uma das comissões especializadas que argúem de sua constitucionalidade e oportunidade. Aprovado pela comissão, vai a plenário onde é discutido, recebe ou não emendas, é aprovado ou rejeitado. Se aprovado, passa ao Senado onde passa pelos mesmos caminhos. Chegando ao fim com aprovação, é levado ao Presidente da República que pode transformá-lo em lei ou devolvê-lo ao Congresso:

> "Todo projeto de lei aprovado pela Câmara dos Representantes e pelo Senado deverá, antes de se tornar lei, ser remetido ao Presidente dos Estados Unidos. Se o aprovar, ele o assinará; se não, o devolverá acompanhado de suas objeções à Câmara em que teve origem; esta então fará constar em atas objeções do Presidente, e submeterá o projeto a nova discussão. Se o projeto for mantido por maioria de dois terços dos membros dessa Câmara, será enviado, com as objeções, à outra Câmara, a qual também o discutirá novamente. Se obtiver dois terços dos votos dessa Câmara, será considerado lei. Em ambas as Câmaras, os votos serão indicados pelo 'SIM' ou 'NÃO', consignando-se no livro de atas das respectivas Câmaras os nomes dos membros que votaram a favor ou contra o projeto de lei. Todo projeto que não for devolvido pelo Presidente no prazo de seis dias a contar da data de seu recebimento (excetuando-se os domingos) será considerado lei tal como se ele o tivesse assinado, a menos que o Congresso, suspendendo os trabalhos, torne impossível a devolução do projeto, caso em que este não passará a ser lei."[394]

Além da elaboração de leis, são atribuições do Congresso americano, segundo a Constituição:

> "Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-

394 Artigo I, seção 7, § 1º.

estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos;

Levantar empréstimos sobre o crédito dos Estados Unidos;

Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas;

Estabelecer uma norma uniforme de naturalização, e leis uniformes de falência para todo o país;

Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas;

Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos;

Estabelecer agências e estradas para o serviço postal;

Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas;

Criar tribunais inferiores à Suprema Corte;

Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto-mar, e as infrações ao direito das gentes;

Declarar guerra, expedir cartas de corso, e estabelecer regras para apresamentos em terra e no mar.

Organizar e manter exércitos, vedada, porém, a concessão de crédito para este fim por período de mais de dois anos;

Organizar e manter uma marinha de guerra;

Regulamentar a administração e disciplina das forças de terra e mar;

Regular a mobilização da guarda nacional (milícia) para garantir o cumprimento das leis da União, reprimir insurreições e repelir invasões;

Promover a organização, armamento, e treinamento da guarda nacional, bem como a administração de parte dessa guarda que for empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-

> se aos Estados a nomeação dos oficiais e a obrigação de instruir a milícia de acordo com a disciplina estabelecida pelo Congresso;
> Exercer o poder legiferante exclusivo no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torne a sede do Governo dos Estados Unidos, e exercer o mesmo poder todas as áreas adquiridas com o consentimento da Assembléia do Estado em que estiverem situadas, para a construção de fortificações, armazéns, estaleiros e outros edifícios necessários; e
> Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos ou aos seus Departamentos e funcionários."[395]

O Executivo é composto pelo Presidente e o Vice-Presidente e seu mandato é de quatro anos. A eleição não é completamente "direta", porque nem todos os eleitores votam diretamente para presidente:

> "Cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de Senadores e Deputados a que tem direito no Congresso; todavia, nenhum Senador, Deputado, ou pessoa que ocupe um cargo federal remunerado ou honorífico poderá ser nomeado eleitor. [...]"[396]

Para concorrer à presidência o indivíduo deve ser americano nato e ter, no mínimo, 35 anos de idade. Como todos os ocupantes de cargos eletivos, ele receberá por isso, sem, contudo, poder receber nada além do pagamento fixado em lei. É o presidente o chefe das forças armadas e pode concluir tratados, desde que tal ato tenha sido previamente aprovado por dois terços dos senadores.

Ao Poder Judiciário cabe fiscalizar a execução das leis e punir culpados por transgressões. Ele é composto por uma Suprema Corte e

---

395 Artigo I, seção 8, §§ 1-18.
396 Artigo II, seção 1, § 2º.

por tribunais inferiores. A Suprema Corte pode, dependendo do caso, exercer jurisdição originária, em outros casos é recursal.

> “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Eqüidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.
> Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.”[397]

Os crimes, excetuando-se os processos de *impeachment* (processo de afastamento do ocupante do poder executivo por motivos legais), têm constitucionalmente o julgamento por júri e os Estados têm a obrigação de entregar os acusados em outra unidade da Federação. Em contrapartida o cidadão americano tem todos os direitos e deveres do cidadão de um Estado específico estando em seu território.

1.5. A *Equity* e a *Common Law* nos Estados Unidos

Embora filiado ao Direito inglês, o sistema norte-americano tem uma diferença substancial, isto é, a organização política e constitu-

397 Artigo II, seção 2, §§ 1º; 2º.

cional exerce acentuada influência sobre o direito, o que não ocorre no Direito Inglês.[398] Os Estados Unidos têm sua *Equity* e sua *Common Law*, mas ambos estão subordinados ao entendimento federalista encontrado na Constituição. Conforme afirma Vicente Ráo:

> "O requisito fundamental (que sob pena de inaplicabilidade aos casos, em espécie, se exige) da constitucionalidade das leis, dos atos executivos e administrativos, das soluções da *common law* e da *equity*, restringe não só a competência do juiz, como a do legislador e a do poder executivo, na elaboração das novas normas obrigatórias."[399]

A escala hierárquica das normas obrigatórias nos Estados Unidos é estabelecida em ordem decrescente da força de sua obrigatoriedade (inclusive no sentido territorial): Constituição Federal, Leis e Atos Federais, Constituições Estaduais e Atos Estaduais e, por último, leis e atos municipais.[400]

Entretanto, a *Common Law* não é totalmente descartada, a tradição manteve-se de tal maneira que os Estados obtiveram a atribuição da competência para declarar esse direito por via judicial ou promulgá-lo, por via legislativa.

Já a *Equity*, como na Inglaterra, aos poucos, tornou-se um corpo específico de direito positivo, com conteúdo próprio. As matérias disciplinadas por ela são: patrimônio, *trusts*, hipotecas (na parte que não incide o direito comum), cessão de direitos, proteção de direitos e bens de incapazes, administração de bens do espólio nas sucessões, sub-rogação pessoal, casos de caducidade de direitos e de penas convencionais, casos fortuitos.[401]

---

398 O Artigo VI, § 2º. da Constituição Norte-Americana afirma: "Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados."

399 RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 137.

400 *Ibidem*, p. 137.

401 *Ibidem*, p. 138 e ss.

2. A Revolução Francesa

2.1. Introdução

As revoluções na Inglaterra no século XVII demonstraram ao mundo um novo caminho, entretanto esse caminho era trilhado pelo pragmatismo, sem ideologia dominante profunda. No século seguinte, de um lado e outro do Atlântico, a Ideologia Iluminista era coroada pelos revolucionários de Estados Unidos e França.

Há uma velha discussão entre os historiadores sobre a importância do movimento revolucionário francês diante do ineditismo anterior dos norte-americanos. Outros ainda dizem ser a Revolução Francesa apenas mais uma parte do movimento atlântico ocidental que depois de atingir a Inglaterra e a Irlanda teria percorrido a Holanda, a Bélgica, a Itália, indo desembocar na França em 1789.

Nada disso importa se levarmos em conta a identidade única que teve a revolução na França; menor importância ainda tem se pensarmos no impacto que tal revolução, como nenhuma outra, ofereceu ao mundo ocidental. O ocidente seria outro após a Revolução Francesa, não somente em termos políticos como também no direito. O ideário constitucionalista que impregnou as várias fases da Revolução foi exportado para todo o ocidente, a ponto de não mais – mesmo depois da Restauração na França e no resto da Europa – não ser mais concebível um país sem uma Constituição.

2.2. Conjuntura Político-Econômica Pré-Revolucionária

Às vésperas da Revolução Francesa o país ainda era agrário, mais de 85% da população vivia no campo. O capitalismo já estava presente e crescia a olhos vistos nessa sociedade, mas a organização social era baseada em estamentos, como na Idade Média.

A sociedade era dividida em três estados. No primeiro estava o clero (alto clero – como bispos e abades – e baixo clero – padres e vigários), o segundo estado era composto pela nobreza que, por sua vez, se subdividia em três subgrupos: a nobreza palaciana que vivia das pensões do rei e usufruía de cargos públicos, a nobreza provincial, que vivia no campo, e a nobreza de toga, que era composta por pessoas oriundas da burguesia que, por muito dinheiro, haviam comprado cargos e títulos de nobreza.

O terceiro estado, que açambarcava 98% da população, era formado por inúmeros subgrupos, mais ou menos divididos como classes sociais (baseados no poder econômico). Havia a alta burguesia, composta por banqueiros, empresários e financistas; havia a média burguesia, formada por profissionais liberais como professores, médicos etc.; havia a pequena burguesia, onde se encontravam os pequenos lojistas etc. Sob todos eles havia um enorme grupo heterogêneo formado por artesãos, aprendizes, empregados e a enorme massa rural.

Nem o primeiro nem o segundo estados pagavam impostos ou contribuições, somente o terceiro, mas somente o clero e a nobreza viviam à custa do dinheiro público advindo destes impostos. Portanto, não é de estranhar que a principal reivindicação do terceiro estado fosse a igualdade civil e, por consequência, igualdade política. Entretanto, a monarquia absolutista repousava-se sobre os estamentos, os privilégios e a não-participação da maioria nas decisões políticas.

A estranha contabilidade francesa, que fazia que a maioria absoluta pagasse por privilégios caríssimos de uma minoria que se achava merecedora de tal adulação, acabou por tornar a economia francesa um caos. Para se ter uma ideia, só os gastos da corte que vivia no Palácio de Versalhes representavam 10% das despesas de toda a França.

Como a máquina do Estado era ineficiente, os cobradores de impostos eram particulares que exploravam ao máximo quem pagava impostos. O déficit no orçamento era imenso, e a dívida externa francesa era o dobro de todo dinheiro em circulação na França.

Piorando a situação financeira, a indústria sofreu um sério revés com a entrada na Europa de produtos ingleses de baixo custo por causa da Revolução Industrial que ocorria naquele país. Uma seca, em 1787, diminuiu a produção de alimentos, os preços subiram, o povo passava sérias dificuldades e, mesmo sem poder gastar, o Governo Francês apoiou a independência norte-americana, o que lhe custou quase a metade de sua dívida externa e soldados voltando da América com estranhas ideias.

Para tentar achar um caminho para vencer a crise, o governo convocou representantes do Clero, da nobreza e da alta burguesia; era a Assembleia dos Notáveis de 1787. A proposta era o aumento dos impostos territoriais, o que foi recusado com veemência pelos nobres. O rei Luis XVI nomeou então um novo ministro e convocou a "Assembleia dos Estados Gerais" que não era convocada desde 1614.

O terceiro estado contava com 578 deputados contra 270 da nobreza e 291 do clero e, embora maioria nominal, o terceiro estado perderia todas as votações que eram feitas por estado e não por deputado. Com a recusa do terceiro estado em aceitar esse sistema de votação os representantes desse estamento proclamaram-se "Assembleia Nacional" e sob a oposição acirrada do rei receberam adeptos do Iluminismo que eram também representantes dos outros dois estados.

2.3. A Assembleia Constituinte e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Em 9 de julho de 1789 a Assembleia Nacional tornou-se "Assembleia Constituinte", sob o juramento dos deputados de somente se dispersarem após dar à França uma Constituição. A pujança da mudança também já alcançava o povo, que tomava a Bastilha tempos depois. A revolução inicia seu caráter popular; não é possível mais inventar uma saída sem contar com o povo que está nas ruas.

No dia 26 de agosto é aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que Luis XVI recusa-se a aprovar, gerando uma maior reação popular. Cai na mão do povo o maior símbolo da monarquia absoluta francesa, o Palácio de Versalhes.

Mas essas reações, esta necessidade de tomar para si a responsabilidade da mudança, inclusive no sentido de legislar para que a transformação seja firme, foi algo que nasceu com a crise na reunião dos Estados Gerais? O povo tinha ao menos uma mínima compreensão da extensão de uma Declaração de Princípios?

Segundo Jean Starobinsky, essa tendência popular à participação é bem anterior até mesmo à convocação da Assembleia dos Estados Gerais. O Iluminismo havia transposto as rodas de intelectuais, autores populares misturavam romance e ideologia iluminista e eram consumidos pelo povo, principalmente das cidades.[402]

> "Todo o século se havia fixado como tarefa remontar aos princípios e formulá-los com clareza. A linguagem dos princípios estava constituída bem antes de 1789, e a aproximação da reunião dos Estados Gerais multiplicara os escritos teóricos, cada um mais peremptório que o outro.

402 Um dos mais famosos escritores populares da época foi Restif de La Bretone.

> ‘Todos os parisienses brincam de Sólon’, *tutti soloneggiano i Parigini*, escreve divertidamente Alfieri, em sua epístola de 29 de abril de 1789 a André Chénier. No instante do naufrágio da monarquia tradicional, quem quer que tenha uma pena se faz legislador. A luz branca do primeiro momento revolucionário talvez não seja senão o torvelinho de todas as cores do espectro dos princípios, no espaço afinal conquistado pela liberdade.”[403]

A necessidade de uma Declaração de Direitos para aqueles que a confeccionaram residia no fato de que a ignorância ou a não-aplicação de direitos seria a causa dos males de uma sociedade. Assim é afirmado no preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão:

> “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.”

O Iluminismo, somado às necessidades de igualdade que essa sociedade tinha, gerou um interessante primeiro artigo:

---

403 STAROBINSKY, Jean. **1789: os emblemas da razão**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1988, p. 44-45.

> “Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

A Declaração invoca também a fonte de poder e o objetivo de governos, levando em consideração o que os revolucionários consideravam como direitos naturais:

> “Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.”
> “Art. 3º O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.”

Define a lei e seus objetivos:

> “Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”
>
> “Art. 5º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”
>
> “Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.”

E demonstra que as ideias do italiano Cesare Beccaria encontraram bom porto. Assim podemos constatar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o princípio da legalidade:

> "Art. 7º Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência."

O princípio da necessidade das leis:

> "Art. 8º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada."

O *In Dubio Pro Reo:*

> "Art. 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."

Há também nesse documento uma indicação clara no sentido da liberdade de opinião:

> "Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei."

> "Art. 11. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos

> abusos desta liberdade nos termos previstos na lei."

A Declaração explicita a necessidade de impostos por causa da manutenção de uma força pública e de uma administração capaz de manter os direitos do cidadão. Mas toma o cuidado de impor regras para que isso seja feito de forma aberta:

> "Art. 12. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada."
>
> "Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades."
>
> "Art. 14. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração."
>
> "Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração."

2.4. A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã

É muito famosa a Declaração que acabamos de analisar. Mas alguns paradoxos, se pensarmos no papel de, pelo menos, metade da população da França revolucionária – as mulheres –, devem ser compreendidos, explicitados.

Não porque foi o início de uma luta no Ocidente, por direitos individuais, aí devendo, por uma questão de lógica – e não de opinião –, incluir as mulheres, mas simplesmente porque no seio da Revolução Francesa mulheres se ergueram e exigiram direitos, o que não havia

acontecido de maneira tão impressionante em outros momentos históricos.

As mulheres tiveram papel preponderante na Revolução; foram às ruas, lutaram ombro a ombro com os homens revolucionários, entretanto, mesmo no documento mais genérico, uma declaração de princípios, que é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elas são colocadas em uma situação muito estranha. Se os homens (vistos enquanto humanidade) nascem livres e iguais em direitos, como distinguir, de pronto, homens e mulheres? Como compreender que mulheres não obtivessem direitos mínimos? Conforme afirma Michelle Perrot:

> "Essa exclusão das mulheres pouco condiz com a Declaração dos direitos do homem, que proclama a igualdade entre todos os indivíduos. As mulheres não seriam 'indivíduos'? A questão é embaraçosa; muitos pensadores – como Condorcet, por exemplo – pressentiram-na. Única justificativa: argumentar sobre a diferença dos sexos."[404]

De fato, a bela França, berço da Revolução que atingiu todo o Ocidente, sempre colocou os direitos das mulheres em segundo plano. As francesas só puderam exercer o direito de voto – questão básica para uma cidadania em uma democracia representativa – a partir de 1944. A França foi a penúltima a dar esse passo; só faltava a Grécia na Europa.

A justificativa para o posicionamento da mulher nessa nova ordem era a mesma utilizada há muito; era idêntica à utilizada por muitos pensadores nos séculos seguintes: a mulher pertencia à esfera privada, não podendo tomar parte da esfera pública, que era de uso exclusivo de homens. Mulheres e crianças, ambas incapazes.

> "É preciso voltar a Sieyès, o organizador do sufrágio em 1789, que distinguia entre cidadãos passivos e ativos. 'Todos têm direito à proteção de sua pessoa, de sua propriedade, de sua liberdade etc. Mas nem todos têm direito a tomar parte ativa na formação dos poderes públicos; nem

404 PERROT, Michelle. **Os excluídos da história**: operários, mulheres, prisioneiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 177.

> todos são cidadãos ativos. As mulheres, pelo menos no estado atual, as crianças, os estrangeiros, aqueles que em nada contribuírem para a sustentação do estabelecimento público não devem influir ativamente na coisa pública'. Sieyès estabelece uma ruptura entre sociedade civil e política, e fortalece a ação pública. A exclusão das mulheres é particularmente severa, pois, ligada ao sexo, ela não pode ser modificada, como a idade, a nacionalidade ou o nível de riqueza. Assim como as crianças, as mulheres foram feitas para ser protegidas."[405]

As francesas revolucionárias buscaram a igualdade, lutaram e reclamaram por ela, mas isto estava fora de questão, já que, segundo o relatório do deputado André Amar de 30 de outubro de 1793, em nome da Comissão de Segurança Geral, ele sustentava que as mulheres não deveriam sair da família para "imiscuir-se nos assuntos de governo" e isso porque:

> "As funções privadas a que as mulheres são destinadas pela própria natureza são inerentes à ordem geral da sociedade; essa ordem social é resultado da diferença que existe entre o homem e a mulher. Cada sexo é chamado para um tipo de ocupação que lhe é própria; sua ação é circunscrita dentro deste âmbito, que não pode transpor; enquanto a natureza, que pôs estes limites ao homem, governa imperiosamente e não tolera lei alguma."[406]

Essa resposta do deputado revolucionário francês e outras que seguem a mesma linha (da natureza), justificando a não-inclusão das mulheres em direitos que eles mesmos consideravam básicos, é uma resposta às mulheres que buscavam organizar-se para pressionar os chefes da Revolução, e às mulheres como Olympe de Gouges que acabaram por produzir textos, que, embora por força das circunstân-

---

405 PERROT, Michelle. **Mulheres públicas**. São Paulo: Unesp, 1998, p. 120.

406 AMAR, André *apud* GROPPI, Ângela. A raízes de um problema. In: BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela (Orgs.). **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995, p. 14.

cias não tivessem valor legal, eram verdadeiras Declarações de Princípios que visavam buscar a inclusão feminina.[407]

Em 1791, como resultado das decepções geradas nas revolucionárias pelo caráter masculino que tomava a visão de direitos e cidadania da Revolução, Olympe de Gouges redigiu a "Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã". Essa declaração, um marco qualitativo na história das Ideias de Igualdade, foi baseada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e busca um caráter includente tanto de homens quanto de mulheres. É significativa a análise de Ute Gehard sobre a Declaração:

> "A *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*, redigida em 1791 por Olympe de Gouges, é o documento de História do Direito – significativamente ausente de todos os compêndios – que contesta sistematicamente a restrição masculina do conceito de igualdade. A história da sua eliminação ou da sua transmissão apenas fragmentária, assim como sua recepção até agora insuficiente, são provas evidentes do acúmulo de resistências contra a equiparação dos direitos das mulheres. O texto completo [...] mostra porém toda importância desse testemunho único da afirmação dos direitos femininos. Ao Ler a *Declaração dos direitos da mulher*, de 1791, alguém poderia tomá-la à primeira vista por um plágio ou, no mínimo, por uma cópia não muito original, destinada exclusivamente a esclarecer aquilo que a *Declaração dos direitos do homem* queria significar, mas que infelizmente nem sempre foi compreendido: que os direitos do indivíduo reivindicam validade e conseqüências para a posição jurídica de homens e mulheres."[408]

---

407 Em 1792, na Inglaterra, Mary Wollstonecraft escrevia um livro "Reinvindicações de Direitos das Mulheres" que, na mesma direção das revolucionárias francesas, buscava indicar a ilogicidade da exclusão das mulheres. Aqui no Brasil esse tema chegou com muita amenidade no período do Império, quando Nizia Floresta, fazendo uma tradução livre e menos aguerrida de Wollstonecraft escraveu "Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens".

408 GERHARD, Ute. Sobre a liberdade, igualdade e dignidade das mulheres: o direito "diferente"de Olympe de Gouges. *In:* BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela (Orgs.). **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995, p. 52.

No preâmbulo da Declaração, Olympe de Gouges indaga a diferença, pergunta por que é possível diferenciar o que não é diferente, mas cooperativo em outros campos.

> "Homem, sabes ser justo? É uma mulher que te pergunta: não quererás tolher-lhe esse direito. Dize-me, quem te deu o soberano poder de oprimir o meu sexo? A tua força? As tuas capacidades? Observa o Criador na sua sabedoria; percorre a natureza em toda a sua grandeza, da qual pareces querer aproximar-te, dá-me, se puderes, um exemplo desse domínio tirânico. Considera os animais, consulta os elementos, estuda os vegetais, lança enfim um olhar sobre todas as modificações da matéria organizada e rende-te à evidência quando te ofereço os meios para isso; procura, escava e distingue, se puderes, os sexos na administração da natureza. Em toda parte tu os encontrarás amalgamados e cooperantes no conjunto harmonioso desta obra-prima imortal. Só o homem fez dessa exceção um princípio."[409]

Parece ser uma dúvida coerente se analisarmos o momento histórico por que passavam aquelas pessoas: homens e mulheres comuns derrubaram, juntos, a monarquia tão poderosa, como justificar a luta contra a tirania e colocar uma parte significativa da população, por causa de seu gênero, em situação parecida ou pior do que a que se encontravam todos antes da Revolução? Como compreender diferenças dentro de uma filosofia questionadora e racional como o Iluminismo? É com base nessa experiência histórica que de Gouges convoca as mulheres no posfácio da Declaração:

> "Mulher, acorda, o sino da razão se faz ouvir em todo o universo, reconhece os teus direitos. O potente império da natureza não está rodeado de preconceitos, de fanatismos, de superstições e mentiras. A luz da verdade dissipou todas as

409 Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã. In: BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela (Orgs.). **O dilema da cidadania**: direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995, p. 301-312.

> nuvens da estupidez e da usurpação. O homem escravo multiplicou suas forças, recorrendo às tuas, para romper cadeias. Uma vez livre, tornou-se injusto para com a sua companheira."[410]

Assim, ela trabalhará em sua Declaração de maneira a colocar lado a lado homens e mulheres, mudando a redação da Declaração original. Nos artigos I e II podemos constatar que ela colocou com clareza mulheres e homens em igualdade, e destacadamente no segundo artigo indica ser um direito a resistência à opressão que podemos concluir como sendo um direito aplicável inclusive no caso de opressão entre os sexos.

> "Art. I: A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum."

> "Art. II: O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis da mulher e do homem: esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e, sobretudo a resistência a opressão."

O Artigo terceiro é bastante significativo, visto que a autora dessa declaração indica com clareza que a nação é forjada pela união dos sexos, princípio basilar de todas as suas reivindicações:

> "Art. III: O Princípio de toda soberania reside essencialmente na nação, que é a união da mulher e do homem: nenhum organismo, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade que não provenha expressamente deles."

Nos artigos IV e V, ela não se refere à lei, como foi feito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, essa "lei" (até então vigente) não é expressão da vontade geral, visto não estarem compondo essa vontade as mulheres também, assim ela recorre a expressões como "leis da natureza e da razão" e "leis sábias e divinas", colocando-

---

410 *Ibidem*, p. 307.

as acima das leis dos homens, reclamando a validade destas como sendo anteriores aos atos humanos.

> "Art. IV: A liberdade e a justiça consistem em restituir tudo aquilo que pertence a outros; assim, o único limite ao exercício dos direitos naturais da mulher, isto é, a perpétua tirania do homem, deve ser reformado pelas leis da natureza e da razão."

> "Art. V: As leis da natureza e da razão proíbem todas as ações nocivas à sociedade: tudo aquilo que não é proibido pelas leis sábias e divinas não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que elas não ordenam."

Os artigos VI, VII, VIII e IX demonstram toda a igualdade exigida por Olympe de Gouges e essa igualdade refere-se tanto à feitura da lei quanto à sua aplicação, não estando excluídas aí as penas indicadas legalmente.

> "Art. VI: A lei deve ser expressão da vontade geral; todas as cidadãs e cidadãos devem concorrer pessoalmente ou com seus representantes para a sua formação; ela deve ser igual para todos. Todas as cidadãs e cidadãos, sendo iguais aos olhos da lei, devem ser igualmente admitidos a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo as suas capacidades e sem outra distinção a não ser suas virtudes e seus talentos."

> "Art. VII: Dela não se exclui nenhuma mulher: esta é acusada, presa e detida nos casos estabelecidos pela lei. As mulheres obedecem como os homens essa lei rigorosa."

> "Art. VIII: A lei só deve estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada às mulheres."

> “Art. IX: Sobre qualquer mulher declarada culpada a lei exerce todo o seu rigor.”

Esse último artigo é bastante interessante no que diz respeito à busca de igualdade, visto que Olympe de Gouges exige igualdade de fato, independentemente das perdas. As mulheres antes, durante e depois da Revolução eram tratadas como incapazes, inclusive no tocante às leis penais; desta forma elas, na maior parte dos casos, conseguiam tratamento diferenciado.

A igualdade da autora da Declaração vai além; no artigo XIII ela declara a igualdade de homens e mulheres no tocante inclusive à taxação:

> “Art. XIII: Para manutenção da força pública e para as despesas de administração, as contribuições da mulher e do homem serão iguais; ela participa de todos os trabalhos ingratos, de todas as fadigas, deve então participar também da distribuição dos postos, dos empregos, dos cargos, das dignidades e da indústria.”

Com relação à liberdade de expressão, Olympe de Gouges não somente inclui a mulher como agente expressivo de opiniões como também indica nas suas Declarações que a liberdade de expressão da mulher deve ir além dos preconceitos sociais. Para ela, a livre comunicação por parte da mulher asseguraria a legitimidade dos filhos.

> “Art. X: Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo de princípio; a mulher tem o direito de subir ao patíbulo, deve ter também o de subir ao pódio desde que as suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei.”

> “Art. XI: A livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos da mulher, já que essa liberdade assegura a legitimidade dos pais em relação aos filhos. Toda cidadã pode então dizer livremente: ‘sou a mãe de um filho seu’, sem que um preconceito bárbaro a force a esconder a verdade; sob pena de

responder pelo abuso dessa liberdade nos casos estabelecidos pela lei."

2.5. As Constituições Revolucionárias

A França revolucionária conheceu mais de uma constituição, cada qual com sua característica, cada uma sendo produto do momento histórico, ou melhor, da fase da Revolução que o país se encontrava. Conforme Marcello Cerqueira:

> "Diferentemente da Revolução Americana, em que a Constituição traduziu a vontade revolucionária em uma ordem constitucional estável, as contradições no interior do movimento que culminou com a derrubada do *Ancien Regime* não permitiram que a Revolução Francesa se expressasse através de um modelo constitucional definitivo. As constituições foram produzidas, adotadas, suspensas, aplicadas e violadas [...]."[411]

Analisar essas Constituições é perceber que, embora possamos montar um arcabouço comum, as leis são redigidas de forma a atender à ideologia do grupo que se encontra no poder. Isso é bastante claro na Revolução Francesa porque, em curto espaço de tempo, muitos grupos alternaram-se no comando do país.

Inicialmente a Revolução apresenta-se como uma mudança não muito radical, com vistas, principalmente, a subordinar o rei à lei e a instituir uma maior igualdade entre as pessoas. Nesse sentido, podemos ler na Constituição de 1791 a primeira da Revolução, da fase chamada "Monarquia Constitucional":

> "Todos os cidadãos são admissíveis aos cargos e empregos sem outra distinção senão aquela decorrente das suas virtudes e das suas aptidões."[412]

---

411 CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história:** origem & reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 72.

412 Título I, art. 1º.

> "Todas as contribuições serão igualmente repartidas entre todos os cidadãos proporcionalmente aos seus recursos."[413]

> "Não existe na França autoridade superior à da lei. O rei reina por ela e não pode exigir obediência senão em nome da lei."[414]

Esse período, marcado pela tentativa de manutenção da realeza, foi se desfazendo conforme o próprio rei não admitia nenhuma perda de poder – chegando inclusive a tentar fugir da França para preparar um exército para acabar com a Revolução – e conforme as divisões internas dos revolucionários indicavam uma luta interna que iria marcar as outras fases da Revolução.

Com o início da Guerra contrarrevolucionária de outros países europeus contra a França, a Assembleia não conseguiu conter a insatisfação do povo que acabou apoiando a Convenção Nacional, que, eleita por sufrágio universal masculino, substituiu a Assembleia. A Convenção condenou o rei à morte e proclamou a República.

A Convenção buscou reinventar a França: um novo calendário, uma nova Constituição. Como o país estivesse de fato em perigo por causa da coligação de quase toda a Europa Ocidental contra a França, a Convenção instituiu um Tribunal para julgar os contrarrevolucionários, a guilhotina foi usada em larga escala e o período ficou conhecido como o do "Terror".

A Constituição de 1795 é curta e indica apenas a condição do momento da França, ou seja, uma República, indicando também as divisões administrativas na França nas Colônias. Essa Constituição preocupa-se, de fato, com a questão da eleição, assunto ao qual dedica grande parte de seus artigos.

2.6. Era Napoleônica e o Código Civil

Com a chegada de Napoleão ao poder, muitos historiadores consideram como estando terminada a Revolução Francesa. Entretanto, foi neste período que os ideais burgueses da Revolução mais se espalharam pela Europa que, paulatinamente, caiu sob o domínio Napoleônico.

---

413 Título I, art. 2º.

414 Capítulo II, art. 3º.

A fase mais popular havia acabado, Napoleão Bonaparte visava restituir uma espécie de monarquia tendo como centro a si mesmo, mas quem o colocou e o manteve no pode, foram burgueses, principalmente representantes da alta burguesia que, sem abdicar de conquistas conseguidas com o início da Revolução, não considerava interessante manter o governo de tal forma que poderia parar nas mãos de qualquer um que não fosse de sua conveniência.

Em 1799 a França apresentava problemas enormes: comércio e indústria estavam arruinados, caminhos, portos e estradas destruídas, o serviço público desorganizado, a guerra civil parecia eminente. Para suplantar esses problemas o setor que representava a burguesia industrial aliou-se a Bonaparte – general de destaque do exército francês, herói do povo – derrubando o Diretório e instaurando o regime do Consulado.

Uma nova Constituição foi feita no final de 1799, sendo aprovada por plebiscito com mais de 3 milhões de votos. A França permanecia uma República, o Poder Legislativo passou a ser composto por quatro Assembleias: o Conselho de Estado – que preparava as leis; o Tribunal – que as discutia; o Corpo Legislativo – que as votava; e o Senado – que era responsável por sua execução.

O Poder Executivo era comandado por três cônsules, nomeados pelo Senado com mandatos de 10 anos. O primeiro-cônsul concentrava a maior parte dos poderes: a ele cabia propor e publicar leis, nomear ministros, funcionários, juízes. Esse cargo era de Napoleão Bonaparte, este ignorava, sempre que considerava necessário, a constituição.

Em 1802 Bonaparte recebeu o título de "cônsul vitalício" e, em termos gerais, foi um bom administrador: reorganizou e centralizou a administração, criou um corpo de funcionários para a arrecadação de impostos, fundou o Banco da França, dando exclusividade a este na emissão de papel-moeda, conseguiu melhorar muito a situação econômica do país.

Mas ele não sabia governar sem ser general, isto é, ele comandava sozinho, sem ter discussões sobre suas ordens. Assim, em 1804, em nome da "salvação da República", ele se nomeou Imperador. Um Imperador para salvar a República? O artigo 1º da nova Constituição afirmava: "O Governo da *República* é confiado ao *Imperador* [...]".

Napoleão deu à França um conjunto de códigos: de 1804 a 1810 foram promulgados um Código Civil, um Código de Processo Civil, um Código Comercial, um Código Penal, um Código de Processo Penal e

um Código de Instrução Criminal. A maior parte deles mantém-se, em grande parte, em vigor, até hoje, na França e na Bélgica.

Código é a compilação sistemática de leis, normas e regulamentos, ou qualquer conjunto de disposições, de regulamentos legais aplicáveis em diversos tipos de atividades.[415] A partir da segunda metade do século XVIII os códigos passaram a ser exclusivamente legislativos e, com o passar do tempo, tenderam a ser específicos a um ramo do Direito.

O termo *Codex* é de origem romana e os Códigos de Teodósio e Justiniano são os exemplos mais antigos da utilização da expressão.[416] Na Idade Média, a palavra 'código' é utilizada exclusivamente para a legislação romana; as outras leis utilizam termos como *corpus*, *rechtsbuch* etc.[417] A necessidade de codificação surgiu desde o início da Revolução Francesa e após algumas tentativas a obra de codificação napoleônica coroou os esforços.

A obra que o próprio Napoleão considerava como sendo a mais importante de sua carreira como estadista foi o Código Civil. Esse Código foi inspirado no Direito Romano, nas Ordenações Reais e no Direito Revolucionário e sua importância pode ser atestada no fato de que dezenas de códigos civis do mundo inspiraram-se nele.

O Código representou uma reforma e uma codificação detalhadas das leis civis francesas. No Antigo Regime, portanto antes da Revolução Francesa, mais de quatrocentos códigos estavam em vigor nas várias localidades da França. Além do que os revolucionários haviam já editado mais de 14.000 leis, decretos etc. A legislação precisava de um rumo, precisava ser codificada, "arrumada" e por duas vezes, durante fases anteriores da Revolução, tentaram codificar as leis civis, mas foi em vão.

Em 1801 uma comissão de peritos terminou o esboço do Código Civil, mas este somente foi publicado em 1804. Napoleão, pessoalmente, empenhou-se para que o trabalho chegasse a termo e para que os especialistas não mudassem o norte que ele dava. Das 87 reuniões

415 HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

416 Os "códigos" mais antigos, como o de Hammurabi, por exemplo, receberam esse nome em virtude da semelhança e, muito provavelmente por não haver outro termo simplificado que pudesse exprimir sua definição.

417 GILLINSSEN, J. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. Lisboa: Calouste Goubekian, 1995, p. 449.

que fizeram para a discussão e feitura do Código, Napoleão estava presente em 37.

O Código Civil chamado Napoleônico (com justeza) representa a mistura que o próprio Napoleão conseguiu empreender no governo francês: o liberalismo e o conservadorismo. Entretanto, faz-se necessário destacar que as principais conquistas da Revolução – igualdade perante a lei, liberdade religiosa e abolição dos resquícios feudais – foram consolidados dentro do Código.

Apesar de avanços liberais profundos, o Código Napoleônico era um código de proteção à propriedade burguesa: dos cerca de 2.000 artigos que possui, 7 dizem respeito ao trabalho e 800, à propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidas, mas a associação de empregadores permitida. Em uma disputa judicial sobre salários é o testemunho do patrão e não dos empregados que deve ser levado em conta.[418]

Vejamos também alguns pontos do Código Civil de Napoleão no tocante à família. O Código reforçou o poder patriarcal, dando ao pai poder maior sobre os filhos, como se pode atestar nos artigos 371, 372 e 373:

> "Uma criança, de qualquer idade, deve honra e respeito a sua mãe e a seu pai".
>
> "Ela permanece sujeita a seu controle até a maioridade ou a emancipação."
>
> "O pai, sozinho, exercita este controle, durante o casamento."[419]

O pai poderia, se considerasse necessário, deter o filho por um mês ou se este tivesse mais de dezesseis anos mandar detê-lo por seis meses:

> "Um pai que tenha insatisfações aflitivas com a conduta de seu filho deve ter os meios de corrigi-lo."

---

418 HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, [19 – -], p. 151.

419 Livro I, das pessoas. Título IX, do pátrio poder.

> "Se a criança não completou dezesseis anos, o pai poderá confiná-lo por um período que não poderá exceder a um mês [...]."
>
> "Da idade de dezesseis anos completos até a maioridade ou emancipação o pai terá apenas o poder de requerer o confinamento de seu filho durante seis meses [...]."[420]

O poder patriarcal é estendido também à esposa:

> "Pessoas casadas devem umas as outras fidelidade, socorro e assistência."
> "O marido deve proteção à esposa e a esposa obediência ao marido."
>
> "A esposa é obrigada a viver com seu marido e segui-lo para qualquer lugar que ele julgue conveniente morar; o marido é obrigado a receber a esposa e fornecer a ela tudo o que é necessário à sobrevivência, de acordo com seus meios e condição social."
>
> "A esposa não pode processar em seu próprio nome, sem a autoridade de seu marido [...]."[421]

O divórcio é admitido no Código Civil de Napoleão, e o adultério pode figurar entre as suas causas, entretanto o adultério feminino é causa de fato; o masculino só pode ser causa quando o marido leva a concubina para dentro de sua residência:

> "O marido pode demandar divórcio por causa de adultério da esposa."
>
> "A esposa pode demandar divórcio por causa do adultério do marido, quando este leva sua con-

420 Livro I, das pessoas. Título IX, do pátrio poder. Artigos 375, 376, 377.
421 Livro I, das pessoas. Título V, do casamento. Capítulo VI, dos respectivos direitos e deveres de pessoas casadas. Artigos 212, 213, 214, 215.

> cubina para dentro da residência dos esposos."[422]

Outras causas, como desejo mútuo, atitudes constrangedoras, condenação de um dos esposos por crimes difamatórios etc. podiam ser apontadas, e a esposa poderia solicitar uma pensão alimentícia.[423]

Uma lei de 1793 igualava o direito dos filhos do casamento e de fora dele, os redatores do Código foram contrários a essa igualdade. No Código, são diferenciados filhos legítimos e ilegítimos, também chamados de "filhos naturais". Os primeiros são automaticamente considerados se, dentro de prazos determinados, foram concebidos dentro do casamento, sem haver prova do adultério da esposa. Nem mesmo a impotência do marido pode ser alegada para desconsiderar um filho nestas condições.

No caso de filhos concebidos fora do casamento, sua legitimação só poderia ocorrer com o casamento de seus pais e, caso o pai já fosse casado, poderia reconhecer o filho concebido fora do matrimônio, mas este não teria os mesmos direitos de um filho legítimo.

> "Crianças nascidas fora do matrimônio, como fruto de intercurso incestuoso ou de adultério podem ser legitimadas pelo subseqüente casamento de seu pai e sua mãe [...]."[424]

> "Uma criança natural reconhecida não pode reclamar direitos de uma criança legítima [...]."[425]

A adoção é outro caso interessante no Código Napoleônico, era um instituto legalizado, mas, com tantos entraves, teria sido mais simples proibir. O adotante deveria ter pelo menos cinquenta anos e quinze a mais que o adotado; o adotante não poderia ter herdeiros e o adotado deveria ser menor de idade.[426]

---

422 Livro I, das pessoas. Título VI, do divórcio. Capítulo I, das causas do divórcio. Artigos 229, 230.

423 Livro I, das pessoas. Título VI, do divórcio. Capítulo II, do divórcio com causas determinadas. Seção II.

424 Livro I, das pessoas. Título VII, da paternidade e filiação. Capítulo III, das crianças naturais. Seção I, da legitimação de crianças naturais. Artigo 331.

425 Livro I, das pessoas. Título VIII, da paternidade e filiação. Capítulo III, das crianças naturais. Seção II, do reconhecimento de crianças naturais. Artigo 338.

426 Livro I, das Pessoas. Título VII, da adoção.

CAPÍTULO XII
AS LEIS PORTUGUESAS

1. Os Primeiros Habitantes e a Romanização

Quando Roma tomou a Península Ibérica muitos povos já haviam habitado o lugar: Celtas, Iberos, Tartéssios, Cartagineses, Fenícios, Gregos e os Celtiberos, destacando-se entre estes os Lusitanos, que habitavam o norte e o centro do que hoje é Portugal. Estes mantiveram, mesmo depois da romanização, traços básicos de sua cultura que formaram uma das bases para a elaboração social da sociedade portuguesa.[427]

Os lusitanos formavam pequenos estados, que poderiam ser chamados aristocráticos, em cidades. Estas possuíam um chefe que exercia poderes políticos, religiosos e judiciais sobre os habitantes.[428]

Os romanos, ao chegarem na península, sofreram resistência, inclusive dos lusitanos, entretanto, após incursões mais fortes por parte do exército romano eles acabaram por sucumbir. A partir desse momento (no século II a.C.) os lusitanos, embora ainda tentassem, inicialmente, revoltar-se, absorveram a cultura dos invasores.

No final do primeiro século a.C., foi feita uma reforma administrativa por Roma, estas reformas dividiam a Península em três províncias. O atual território português encontrava-se na província chamada Tarraconense até o rio Douro e nos limites de outra chamada Lusitânia.

Com a reforma instalou-se também a administração da justiça que existia baseada em uma subdivisão das províncias, ou seja, para fins judiciais cada província estava dividida em unidades menores, chamadas *conventus*, cada um estava responsável por administrar a justiça em seu território.[429]

> "Em cada província a jurisdição máxima era exercida pelo governador, auxiliado por um conselho

427 O fenômeno conhecido como romanização vai além da conquista territorial. Ele acontecia quando os romanos integravam-se à cultura local e passavam a influenciá-la profundamente.

428 CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992, p. 58 e ss.

429 MARQUES, H. De Oliveira. *apud* PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p. 26.

> assessor, em que deviam figurar conhecedores do direito romano e das tradições jurídicas locais; o desempenho das funções jurisdicionais se realizava pelo governador de modo estável na capital provincial, de onde tinha fixada a sua residência, porque também atuava periodicamente de modo itinerante, e de ordinário mediante delegados, nas cidades judiciais do território provincial. Os magistrados locais tinham jurisdição nas controvérsias que não excederiam de uma determinada quantia econômica, que variava segundo o ordenamento de cada município, e em alguns casos não eram competentes em razão da matéria; em geral, as localidades tinham autonomia jurisdicional dentro dos limites estabelecidos pela legislação romana; as sentenças pronunciadas nos juízos locais poderiam ser recorridas por apelação ante o governador."[430]

A romanização foi coroada em 212 d.C., com a Constituição Antoniana, que concedeu cidadania romana a todos os habitantes do império. Isto significava, na prática, que todos os que habitavam em território romano ou conquistado por Roma teriam acesso a direitos e deveres contemplados pelas leis romanas.

Com essa igualdade outras consequências podem ser vistas, como, por exemplo, o surgimento de uma grande demanda de pessoas necessitadas de conhecimentos acerca do direito romano e o problema com a duplicidade de ordenamentos jurídicos que coexistiam nas Províncias, já que, como havia, antes de 212, leis romanas para romanos e leis aplicáveis a não romanos e essa divisão não acabaria subitamente.[431]

A partir do início do século V d.C. os Germânicos começaram a penetrar também na Península Ibérica. Alanos, Vândalos e Suevos instalaram-se até que outra tribo, a dos Visigodos, com um acordo com os romanos, os expulsou e tomou a península. O direito visigótico passa a dominar a região.[432]

---

430 PARICIO, Javier. *apud* PAULA, Jônatas Luiz Moreira de, *op. cit.*, p. 75 e ss.

431 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Op. cit.*, p. 75.

432 Para um maior aprofundamento nesse tema, conferir capítulo acerca do Direito Medieval.

2. Os Muçulmanos na Península

Nos últimos anos de vida de Maomé apenas parte da Península Arábica estava conquistada pelos muçulmanos, após a sua morte foi formado um Estado teocrático militar, governado por Califas, chefes político-religiosos que lideraram um movimento expansionista que acrescentou territórios ao Império árabe com uma velocidade jamais vista.

Muitos fatores influenciaram essa expansão: necessidade de terras férteis, explosão demográfica, o interesse na ampliação das atividades comerciais, conversão de outros povos e a *Jihad*, a guerra santa, o dever do muçulmano de combater os infiéis. Outros elementos auxiliaram na rapidez com que essa expansão se realizou: a fraqueza dos Impérios Bizantino e Persa e a descentralização de poder do norte da África e a fragmentação da Europa Medieval.

A expansão iniciou-se com a conquista de territórios persas e bizantinos em 634. Após várias vitórias na Ásia ocidental e no norte da África, os muçulmanos alcançaram, em 711, o estreito entre a Europa e a África, chamado hoje em dia de Estreito de Gibraltar talvez por causa do nome do líder da invasão, Gilbral – Tarik.

Conquistaram a Península Ibérica mas foram derrotados em sua expansão em direção ao território dos francos. Em seguida, derrotados em Bizâncio, acabaram por estabelecer-se nos territórios conquistados sem buscar uma maior expansão.

Na Península Ibérica os muçulmanos, ou mouros, como eram conhecidos por lá, permaneceram até o século XV influenciando sobremaneira a cultura da região onde hoje estão Portugal e Espanha.

Essa influência só não foi maior por causa da política de tolerância dos muçulmanos. Estes mantinham a estrutura dos locais conquistados, mudando apenas seus nomes ou denominações, buscavam também respeitar as instituições existentes, inclusive no tocante ao direito, assim:

> "[...] o direito muçulmano se personalizava em razão do credo da pessoa – ao contrário do direito visigótico que utilizava a raça do indivíduo. Mas isso gerou situações interessantes, porque em relação aos muçulmanos havia tolerância religiosa – jurídica portanto – o que representou em alguns territórios ou condados uma relativa

> autonomia administrativa e judiciária, com aplicação do Código Visigótico, do Direito Canônico e a conservação dos próprios juízes, totalmente diferenciados dos árabes. Portanto, pouca aplicação do direito muçulmano na Lusitânia."[433]

3. O Nascimento de Portugal

Nos séculos IX e X somente o norte da Península Ibérica escapava ao domínio árabe, mas a partir do século XI com a formação dos reinos cristãos de Castela, Aragão, Navarra e Leão a luta pela expulsão dos muçulmanos iniciaria-se-ia efetivamente.

Muitos nobres de outras regiões iam lutar ao lado dos cristãos da península pela expulsão daqueles que chamavam "infiéis", os cristãos consideravam-se em uma Cruzada Santa. No reinado de Afonso IV, de Leão, dois nobres franceses receberam do rei como recompensa por importantes serviços prestados na "Guerra de Reconquista" suas duas filhas em casamento e feudos. Um destes feudos era o Condado Portucalense que, com tendências separatistas conseguiu em 1139 formar um reino, com dinastia própria (a de Borgonha) e com o reconhecimento da Igreja.

Como condado ou como reino independente Portugal não parou a luta pela expulsão dos muçulmanos, progressivamente conquistou os territórios ocupados, consolidando seus limites com a incorporação da região de Algarve.

"Portugal nasceu com uma espada na mão" é o que diz um velho ditado lusitano, e é fato. As guerras chamadas de "Reconquista" marcaram toda a organização do Estado Português. Como havia uma exigência permanente de constante mobilização militar a figura do chefe do exército foi reforçada, facilitando a centralização em torno do rei.

Assim, o Estado Português nascia como que naturalmente, visto que para expulsar os muçulmanos era necessário conquistar-lhes as terras, mas não no modelo feudal, a terra conquistada não trazia delegação de poder hereditário, a propriedade da terra não significava soberania, as instituições municipais eram fortes e hierarquicamente dispostas sob o rei, não sob um nobre local, o soberano era o supremo juiz, as leis eram para todos.

433 PAULA, J. L. M. de. *Op. cit.*, p. 100.

E, finalmente, para manter um exército era necessário renda e esta somente poderia advir de impostos que eram cobrados em nível nacional por uma burocracia muito organizada. Por isso Portugal é o primeiro a tornar-se um Estado no sentido moderno do termo.

Um dos momentos mais importantes do início da história portuguesa foi o reinado de D. Diniz, entre 1279 e 1325 porque a formação da Nação Portuguesa deveu-se muito aos atos deste monarca que unificou a língua em todo território, impondo o português nos documentos públicos, que antes eram escritos em latim e a fundação de Universidades.

Esse mesmo monarca fez valer em Portugal um documento legal que já vigorava na Espanha: a Lei das Sete Partidas. Esta era uma exposição jurídica de caráter enciclopédico, inspirado, basicamente, no direito romano e no direito canônico que tinha em vistas suplantar os costumes e o chamado "direito velho".[434]

O "direito velho" que, sobreviveu ainda por algum tempo depois de D. Diniz e que era alvo dos que pretendiam eliminá-lo, tendo como via uma maior centralização do direito, era caracterizado pela brutalidade nos preceitos jurídicos – como o arrasamento de aldeias inteiras como punição para crimes – bem como pelas leis dos primeiros monarcas que não chegaram a gerar um corpo legislativo unitário. Esse direito antigo tem também como propriedade a utilização da Justiça Privada e da vingança.[435]

O direito muçulmano – cuja influência se fez sentir pela ocupação na península – trouxe, segundo Marcello Caetano, uma onda de instituições consagradas pelo Alcorão, entre elas a *vindicta privada* que acabou por atrasar a inserção da ideia de Direito Público no Direito Português, sendo portanto, compreensível, que nos primeiros tempos da história do direito luso tenha coexistido justiça pública, aplicada por *concelhos*, senhores, juízes e pelo rei e a justiça privada, exercida pelos parentes ou grupo da vítima.[436]

434 *Ibidem*, p. 127.

435 A vingança é uma reação a um ato que se considera injusto, reação essa tida pela própria vontade do autor, já a Justiça Privada é a vingança institucionalizada, já que após um julgamento é dado a um indivíduo ou a um grupo o direito de agir contra o que foi condenado pelo crime.

436 CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 248. Como exemplo dessas verdadeiras guerras privadas, geradas por sentimentos de vingança podemos citar as Assuadas, que eram bandos que fidalgos convocavam para retribuir ofensas recebidas. A princípio Afonso III as proibiu prevendo como pena o degredo (a expulsão do país), porém de nada adian-

Assim, o início da história codificada do direito português é o início da luta contra o direito privado que existia em detrimento do direito público. Este passou a ser formado baseado no renascimento do direito romano (que foi propiciado pelas universidades que surgiam) e pela utilização do direito canônico como direito subsidiário e, como fonte de aprendizado do modo de feitura de códigos e leis.

Tendo essas questões em vista foi ainda no reinado de D. Diniz que o serviço judiciário foi reestruturado com a criação do cargo de juiz, em que este teria competência para julgar questões entre os cidadãos e os oficiais régios, com jurisdição na cidade (juízes *alvazis dos avençais*) e com judeus que estivessem sob proteção real (chamados juízes dos judeus), já os juízes que tinham por competência tutorias e o julgamento acerca de inventários de menores órfãos eram chamados de Juízes dos Órfãos.[437]

Esse monarca também aumentou o número de *almotacés*, que, a princípio, eram inspetores encarregados da exata aplicação dos pesos e medidas e da taxação e distribuição dos gêneros alimentícios, introduziu o cargo de Procurador do *Concelho* que tinha a atribuição de cuidar dos interesses públicos (o que faz com que alguns autores considerem este como sendo o gérmen do Ministério Público) e diminuiu sobremaneira o poder dos senhores de terra, principalmente no tocante à aplicação do direito, visto que ele eliminou a possibilidade desses julgarem recursos ou apelações das sentenças dos territórios onde não era exercida a jurisdição senhorial; essas decisões era examinadas pela Corte.[438]

4. A Era das Ordenações[439]

4.1. As Ordenações Afonsinas

Essa legislação, a primeira compilação de fato com características eminentemente portuguesas, nasceu com esse intuito mesmo, ser

tou. Somente após quase um século, quando acrescentaram à proibição a pena de multa de 1.000 libras, a perda de terras e o exílio à Assuada deixou de ser praticada.

437 *Ibidem*, *passim*.

438 *Ibidem*, p. 324.

439 "Ordenações: atos emanados do poder executivo através dos quais, na Península Ibérica medieval, eram promulgadas normas, decisões e outras medidas destinadas a re-

portuguesa, diferenciar-se da legislação espanhola. Esse sentimento cresceu em Portugal, principalmente durante e depois da Revolução de Avis, uma questão político-dinástica que tomou ares de emancipação dinástica entre Castela e Portugal, criando ou renovando um sentimento nacional que a Ordenação veio reforçar.

A Revolução de Avis foi resultado de uma crise econômica do século XIV somada a uma crise dinástica, ou seja, o rei D. Fernando havia morrido sem deixar herdeiros homens e sua filha era casada com o rei de Castela, que se interessava muitíssimo em anexar Portugal a seus domínios.

A nobreza sairia ganhando com essa anexação já que o rei de Castela beneficiava os donos de terra, a burguesia mercantil sairia enfraquecida e o povo tenderia a ter mais problemas porque com o reforço no poder dos nobres estes poderiam proibir o êxodo rural, fenômeno que crescia em Portugal. Com o maior poder de sustentação de uma guerra, a burguesia conseguiu colocar no poder o irmão "bastardo" de D. Fernando que, em 1385 foi oficialmente coroado com o nome de D. João I.

As Ordenações Afonsinas começaram a ser feitas no reinado de D. João I, que ascendeu ao trono nessa Revolução e colocou a dinastia de Avis por cerca de dois séculos no trono Português. Junto com essa dinastia ascendeu ao poder o grupo mercantil urbano, cujos interesses tornaram-se os objetivos nacionais. Entretanto, por vários problemas, inclusive dinásticos novamente, o trabalho só foi concluído em 1446, portanto, quase cinquenta anos depois de seu início.

Um dos objetivos da Revolução de Avis era defender a independência portuguesa, fortalecendo o poder real. Um Estado forte era interessante à burguesia, pois, o apoio do Estado era primordial para a promoção do comércio e da navegação. Esses objetivos transparecem nas Ordenações Afonsinas. Outro alvo da feitura das Ordenações era diminuir ou acabar com as várias – e muitas vezes concorrentes – leis dispersas pelo reino. Assim afirma o proêmio do Livro I das Ordenações Afonsinas:

---

gulamentar os mais diferentes assuntos. Por outro lado, o termo pode também significar coletâneas de preceitos ou códigos oficiais referentes, predominantemente, ao direito português e espanhol. Em Portugal, são especialmente importantes as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas." AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 291.

> "[...] No tempo que o mui alto e mui excelente Príncipe El-Rei D. João de gloriosa memória, pela graça de Deus reinou em estes reinos, foi requerido algumas vezes em cortes pelo fidalgos e povos dos ditos reinos que por bom regimento deles mandasse prover as leis e ordenações feitas pelos reis que ante ele foram, e acharia que pela multiplicação delas se recreciam continuadamente muitas dúvidas e contendas, em tal guisa que os julgadores dos feitos eram postos em tão grande trabalho que gravemente e com grão dificuldade os podiam diretamente desembargar [...]"[440]

As Ordenações Afonsinas são divididas em cinco livros: o primeiro é relativo aos regimentos dos cargos públicos (régios e municipais) compreendendo o governo, a justiça, a fazenda e o exército; o segundo é sobre Direito Eclesiástico, jurisdição e privilégios dos donatários, as prerrogativas da nobreza, e o estatuto dos judeus e dos mouros; o terceiro livro diz respeito ao processo civil; o quarto é de direito civil, englobando o direito das obrigações e contratos, o direito das coisas, o direito de família e sucessões; o quinto e último livro aborda o direito penal e o processo penal.

Essa legislação foi feita sob a técnica da Compilação, ou seja, a transcrição na íntegra das fontes já existentes seguida da declaração de termos que confirmavam, alteravam ou eliminavam estas fontes. Foram fontes as leis gerais, as resoluções régias, as petições, as dúvidas apresentadas em Corte, as concórdias, as concordatas, as bulas. Somente o Livro I utilizou-se de um outro estilo, o decretório ou legislativo, que é a formulação direta das normas sem apoiar-se em nenhuma fonte.[441]

A Estrutura Judiciária colocada pelas Ordenações Afonsinas contava com Magistrados Singulares e Tribunais Colegiados de segundo e terceiro graus de jurisdição, além de magistrados com funções específicas postos acima dos Tribunais Colegiados.

Os Magistrados Singulares eram:

---

440 CAETANO, Marcello. *Apud* PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.

441 COSTA, Mario Julio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 276 e ss.

- √ Os Juízes Ordinários: estes não eram bacharéis em direito, eram eleitos pelos "homens-bons" da Câmara Municipal.[442]
- √ Os Juízes de Fora: bacharéis em direito, nomeados pelo rei, podiam substituir os juízes ordinários.
- √ Os Juízes de Órfãos: sua competência era o julgamento de causas referentes aos interesses de menores, inventários e tutorias.
- √ Os Juízes de Vintena: eram os juízes de paz nas localidades com até vinte famílias.
- √ Os Almotacéis: que passaram a ter por função a apreciação de litígios sobre servidão urbana e crimes praticados por funcionários corruptos.
- √ Os Juízes de Sesmaria: cuja função era o julgamento de questões envolvendo terras.
- √ Os Juízes Alvazis dos Avençais e dos Judeus: que tinham por obrigação dirimir questões havidas entre funcionários régios e entre judeus.[443]

Os Tribunais Colegiados – Segundo Grau de Jurisdição eram assim compostos:

- √ Desembargo do Paço: tinha por objetivo apreciar questões cíveis relativas à liberdade do indivíduo, tais como graça, perdão, indulto, privilégios etc.
- √ Conselho da Fazenda: a sua função precípua era a de solucionar litígios acerca de arrecadação de tributos.
- √ Mesa da Consciência e Ordem: responsável pela apreciação dos recursos dos demais juízes.[444]

O Tribunal Colegiado – 3º grau de jurisdição – era a Casa de Suplicação, que era a terceira e última instância da justiça portuguesa com competência delimitada.

---

442 "Homens-Bons: termo empregado na Península Ibérica, particularmente em Portugal, durante a Idade Média, para caracterizar homens que se faziam notar pela sua respeitabilidade, riqueza e honradez dentro de cada aldeia ou povoado. Originalmente herdeiros de proprietários, os homens-bons passaram a designar a burguesia de modo geral. [...] Os cargos municipais, na sua quase totalidade, eram monopolizados por esses personagens, que decidiam sobre a maioria das questões judiciárias e administrativas. Eram os homens-bons que compunham os conselhos e as assembléias do município [...]" AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. *Op. cit.*, p. 210.

443 PAULA, J. L. M. de. *Op. cit.*, p. 146.

444 *Ibidem*, p. 147.

Era do rei o mais alto cargo da Justiça, visto que ele era o Governador da Casa da Justiça na corte, que era o mais alto e principal Ofício da Justiça. Seu papel era a distribuição dos Desembargadores, definição dos dias de trabalho destes e do Juiz dos feitos, do Procurador, do Corregedor da Corte e dos Ouvidores.

O Juiz dos Feitos era o responsável por realizar audiências nos Tribunais de Relação ou nas Mesas de Consciência, o Corregedor da Corte – que acompanhava a corte por onde esta fosse – era competente para conhecer questões de pessoas menos afortunadas se esse optassem pela demanda perante o Corregedor, este também examinava as contas dos *Concelhos*, Albergarias, Juízes de Órfãos etc., bem como:

> "Também era deferido ao Corregedor da Corte a expedição de cartas para prisão de malfeitores acusados de delitos ou já considerados culpados, bem como de petições e de agravos interpostos contra as cartas e contra os juízes corregedores. Cabia também a expedição de cartas de livramento de crimes, seja para órgãos judiciais do primeiro como para o segundo grau de jurisdição, e as respectivas petições e agravos. Por fim, determinava-se ao Corregedor da Corte uma série de atividades administrativas, relativas à Corte."[445]

Os Ouvidores eram os responsáveis pelo conhecimento de todos os feitos penais que estivessem em apelação, assim como, no âmbito dos Tribunais de Relação, a distribuição de audiências. Tinha também atribuições administrativas para a condução dos serviços forenses.[446]

As Ordenações Afonsinas têm muita influência do direito Canônico, muitas vezes, inclusive, tem-se a utilização da palavra "pecado" como sinônimo da palavra "crime". Isso gera, mais que uma simples confusão de termos, uma consequência imediata, não importa somente a materialidade do crime mas, também, a intenção do acusado, porque, como pecado, é assim que se mede a culpa do indivíduo e é através

445 *Ibidem*, p. 147 e ss.
446 *Ibidem*, p. 148.

dessa aferição de intenção que se pode graduar a pena, se assim for possível dentro da lei.

Dentro da mentalidade da época, vê-se também, que essa legislação não trabalha com uma proporcionalidade entre crime e pena, para os legisladores do período, a lei servia para incutir o medo, conforme o grau de temor gerado pela pena. Nesse sentido existiam vários delitos, de várias espécies que eram passíveis de punição idêntica, a pena de morte. Pode-se citar como exemplo o crime de feitiçaria, o crime de *trato ilícito* entre cristão e moura ou judia, vários tipos de furto etc.

A igualdade, a equidade, ou qualquer palavra desse tipo que possa levar na direção de não diferenciação de pessoas não podem ser vistas na Ordenação Afonsina, visto que, no tocante às penas, sempre fidalgos e pessoas comuns são diferenciadas, assim, por exemplo, se um homem fosse pego em flagrante com a mulher de outro, poderia ser morto pelo esposo traído, entretanto, se o adúltero fosse cavaleiro ou fidalgo, ele não poderia ser morto.[447]

4.2. As Ordenações Manuelinas

Quando da feitura da parte final das Ordenações Afonsinas, Portugal já havia se lançado na Expansão Marítima, mas esta, ainda que comandada pela burguesia carregava um caráter de Cruzada, com um peso maior na conquista de terras e conversão de não cristãos, a ideologia dos nobres perpassava pela mentalidade portuguesa. Conforme Portugal avançava no Périplo Africano, o caráter de Cruzada era suplantado paulatinamente pelos lucros advindos do empreendimento, assim a Expansão Marítima era cada vez mais Expansão Marítimo-Comercial.

Isso não poderia deixar de afetar a vida, como um todo, da nação portuguesa, que não deixou de produzir leis extravagantes em grande quantidade mesmo depois da Ordenação Afonsina ser promulgada como forma de unificação do direito. Além disso, com mudanças tão grandes ocorrendo na sociedade portuguesa, leis caíam em desuso mais rapidamente do que era normal em tempos anteriores.

As Grandes Navegações e os avanços tecnológicos e filosóficos do período também faziam mudar a mentalidade, as coisas tinham que ser

---

447 PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 53.

mais velozes, o mundo era maior que o Mediterrâneo e o contato era um pouco mais fácil. Como não querer dar mais agilidade também à legislação? O estilo em que foi escrita a Ordenação Afonsina era rebuscado e com uma linguagem muito mais próxima do Castelhano que os Portugueses agora gostariam de ter.

Além disso, o alemão Johan Gutemberg, em 1450, havia inventado a prensa de tipos móveis e com isso a legislação não somente poderia ser mais conhecida, como também poderia alcançar mais gente, cumprindo um dos papéis que o Estado Moderno lhe conferiu, o de auxiliar a centralização do poder.

Assim, em 1505, cinquenta e nove anos após a promulgação da Ordenação Afonsina, D. Manuel, chamado "o Venturoso", mandou revisá-la e a revisão acabou por gerar uma nova Ordenação, a Ordenação Manuelina, de 1521.

A Ordenação Manuelina é diferente da Afonsina, porque foi feita em estilo "decretório", ou seja, a redação é em decretos, como se fossem todas normas novas, independentemente de serem, e muitas vezes o eram, novas formas de leis vigentes. Em contrapartida as duas ordenações assemelham-se porque partem do pressuposto que quando algo não está previsto deve ser consultado o direito romano, ou seja, ambas mantêm o direito romano como subsidiário.

Outro ponto de semelhança é a estrutura e divisão dos cinco livros, entretanto, como era de se esperar, a Ordenação Manuelina trata, de maneira mais específica as questões de direito marítimo, de contratos e de mercadores, chegando inclusive a legislar acerca dos mercadores estrangeiros. Essa normatização acerca de mercadores não lusos é um bom exemplo da influência dos mercadores locais, visto que sua tendência era a proteção destes últimos obrigando os estrangeiros a somente venderem no atacado e em grandes quantidades.

> "Mandamos que os Mercadores e quaisquer pessoas de fora de Nossos Reinos, que panos ou outras mercadorias trouxerem a qualquer lugar de Nossos Reinos que os vendam em grosso, convem saber, os panos a balas e a peças, e não a côvados, nem a varas retalhados [...]"[448]

No tocante a questões penais, muito pouca coisa mudou de uma ordenação para a outra. Os fidalgos continuavam tendo vantagens

448 Livro IV, título 2.

quando penalizados em detrimento dos plebeus, o crime Lesa Majestade continuava sendo considerado o pior dos delitos, a pena de morte continuava sendo largamente aplicada, bem como os tormentos como meio de obter confissão e como pena.

Podemos destacar alguns delitos que reúnem características "exemplares" do direito penal da época, como por exemplo um "não crime", um homicídio, que poderia ser inclusive duplo, que não acarretaria pena para o ou os culpados. Este era o caso do assassinato de mulher adúltera e de seu amante pelo marido e quem ele chamasse para ajudar "desde que não fossem inimigos da mulher".[449]

> "Achando algum homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como aquele que se achar com ela em adultério, salvo se o marido fosse plebeu, e o adúltero fosse fidalgo de solar, ou Nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade. Porém quando algum matasse alguma das sobreditas pessoas achando-o com sua mulher em pecado de adultério, não morrerá por isso, mas será degredado [...] pelo tempo que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa que matar, não passando de três anos."[450]

O exemplo supra demonstra que o adultério feminino era um crime tão odioso que tornava lícito o homicídio. O próximo exemplo da Ordenação Manuelina deixa claro que ainda não havia a diferenciação entre crime e pecado e que alguns pecados eram tão graves para essa sociedade que a pena não fazia distinção de pessoas, além de ser aplicada também para a descendência do indivíduo que cometeu o delito, neste caso a pena seria a de "morte em vida", considerada uma das mais cruéis criadas pelo ser humano, a Pena de Infâmia. Reunindo todas essas características podemos tomar o caso da sodomia:

---

449 O homicídio, o dano físico, ou mesmo "tirar a arma na Corte" eram crimes punidos de maneira severa por esta ordenação (excetuando-se o caso de assassinato de adúlteros), a pena era de morte e dependendo da "qualidade da pessoa" poderia ser também de dez anos de degredo na ilha de São Thomé.

450 Livro V, título 16. O degredo, fazer o indivíduo ir para uma colônia ou determinado lugar, foi largamente utilizado como pena nas Ordenações e em várias leis portuguesas. Infelizmente, para tristeza de nosso amor à pátria, o pior degredo era aquele feito no Brasil, assim provam as leis que indicam que os delitos considerados como sendo os piores dão ao degredado a pena de ser enviado para cá.

> "Qualquer pessoa, de qualquer qualidade que seja que pecado de sodomia por qualquer guisa fizer, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que jamais nunca do seu corpo, e sepultura possa ser havida memória, e todos os seus bens sejam confiscados pela Coroa de Nossos Reinos, posto que tenha ascendentes ou descendentes; e mais pelo mesmo caso seus filhos e descendentes, ficarão inábeis, e infames, assim propriamente como os daqueles, que cometem o crime da lesa Majestade contra seu rei e senhor."[451]

É dada a D. Manuel, o Venturoso, a qualidade de ter exigido, com maior ímpeto a formação acadêmica de direito para aqueles que trabalhavam com a Justiça, em seu reinado, os Juízes de Fora eram obrigatoriamente advogados formados, mas, apesar disso, ou por causa disso dirão os críticos, a fama dos operadores do direito não era das melhores. Assim, a Ordenação Manuelina legisla acerca de advogados e Procuradores que advogam "para ambas as partes" (Livro V, título 55) e tenta evitar o suborno daqueles que aplicam o direito:

> "Defendemos a todos os Julgadores e Desembargadores, e assim a quaisquer outros oficiais, assim da Justiça, como da Nossa Fazenda, e bem assim da Nossa Casa, de qualquer sorte ou qualidade que seja e assim também os da governança das Cidades, Villas e Lugares, e outros quaisquer que sejam, que não recebam para si, nem para um filho seu, nem pessoa que debaixo de seu poder esteja, nenhuma dádiva, nem presentes de nenhuma pessoa que seja [...]"[452]

Com o passar do tempo novas leis foram sendo elaboradas, umas alteravam dispositivos da Ordenação, outras os revogava parcialmente, outras ainda somente esclareciam o texto. Essas mudanças produziam uma dispersão que obviamente dificultava o trabalho dos operadores do direito e da população em geral. Somado a isso houve a

451 Livro V, título 12.
452 Livro V, título 56.

reforma da Universidade de Coimbra em 1537 o que gerou um afã legislativo muito grande.

Tendo em vista a menoridade do herdeiro do trono, D. Sebastião, seu regente, D. Henrique incumbiu Duarte Nunes Leão de compilar as leis posteriores, o que foi feito sendo aprovado em 1569. Alguns autores denominam essa legislação de Compilação de D. Duarte Nunes Leão, outros a chamam de Código Sebastiânico.

4.3. As Ordenações Filipinas[453]

D. Sebastião, que assumiu o trono aos quatorze anos em 1571, foi criado por Jesuítas e era um adolescente com uma tipicidade perigosa para um monarca absolutista: ele desejava ser herói e, em certa medida, por alguns séculos, o foi para muitos. Seu mito chegou a influenciar a Guerra de Canudos, embora para a história talvez ele tenha entrado como um tolo.

Em 1578, ele saiu de Portugal à frente de um exército de 18.000 homens para tentar fazer o que considerava seu destino, combater os infiéis – no caso, os muçulmanos – e disseminar a fé cristã. D. Sebastião perdeu a batalha de Alcácer-Quibir no norte da África e seu corpo nunca foi encontrado. O problema era que ele não tinha filhos, o que abriu uma séria crise dinástica.

Quando um monarca não tem herdeiros diretos em linha descendente, são procurados outros parentes e o homem mais próximo em parentesco pode assumir o trono. Assim foi no caso de Portugal, D. Henrique, tio-avô de D. Sebastião ascendeu ao trono, mas veio a falecer sem herdeiros visto que, embora não seja impeditivo, ele era Cardeal. Assim extinguiu-se a dinastia de Avis e dessa forma abriu-se uma crise dinástica, porque não havia herdeiros diretos.

Vários "candidatos" apresentaram-se para a sucessão, o mais forte foi o rei de Espanha, Filipe II, neto de D. Manuel e supremo chefe de uma das maiores forças militares da época. Por esse último motivo, todos os pretendentes ao trono português perderam suas possibilidades e Filipe tornou-se, ao mesmo tempo, rei da Espanha e de Portugal, é a chamada União Ibérica.

Essa união dos dois países poderia gerar o fim de Portugal como nação independente, entretanto, os portugueses impuseram algumas

453 Por sua importância histórica, pelo vasto período que vigeu, buscaremos um maior detalhamento desse documento legal.

condições no sentido de salvaguardar seus próprios interesses o que resultou em uma separação relativa de Portugal e impediu a união completa entre os dois países.

Em 1581, as Cortes Portuguesas, apresentaram exigências ao novo rei, que as aceitou dando origem ao Juramento de Tomar. Por esse juramento Filipe II permitiria que o comércio colonial de Portugal fosse feito por navios portugueses, comandados por portugueses, as autoridades espanholas não poderiam se imiscuir nos assuntos coloniais portugueses. No campo administrativo os portugueses continuariam a ocupar os cargos, as leis e costumes de Portugal seriam respeitados e seria mantida a língua portuguesa como língua oficial.

Foi no reinado de Filipe II que foi promulgada a Ordenação Filipina, em 1603, o mais duradouro documento jurídico tanto da história de Portugal quanto do Brasil.[454] Jônatas Luiz de Paula indica três motivos para a feitura desse documento legislativo: desejo de centralização do poder real, desejo dos juristas de impor o direito romano e a tendência de repelir a influência canônica que, pelas leis de D. Sebastião havia sido admitida.[455]

A Ordenação Filipina segue a técnica da compilação revisando também um pouco das normas contidas na Ordenação Manuelina, que foi uma de suas principais fontes ao lado da compilação de Duarte Nunes Leão (ou Código Sebastiânico). Inovações, de fato, foram poucas, o caráter português da legislação foi preservado, por isso pode-se afirmar que, antes de tudo, essa Ordenação é a reforma da anterior mais do que uma nova, mesmo na composição e assuntos dos livros é seguido o exemplos das ordenações anteriores.

A estrutura judiciária da Ordenação Filipina é um pouco mais complexa que a das anteriores e, já que esta esteve em vigor em Portugal e no Brasil por tanto tempo, é interessante observar as bases desta estrutura.

A quantidade de juízes singulares aumentou e proliferaram as funções específicas de cada um, os Tribunais Colegiados de segundo e terceiro graus de jurisdição também seguiram o mesmo caminho.[456]

Os Juízes Singulares eram:

---

454 A respeito da Ordenação Filipina e o Brasil, trataremos no capítulo pertinente.

455 PAULA, J. L. M. de. *Op. cit.*, p. 166.

456 Acerca deste assunto, por sua síntese didática, seguiremos de perto PAULA, J. L. M. de. *Op. cit.*, p. 167-171.

- √ O Juiz das Casas da Índia, Mina, Guiné, Brasil e Armazéns: que eram responsáveis pelas questões ultramarinas relativas à arrecadação fiscal. De suas decisões cabiam recursos aos Desembargadores dos Agravos da Casa de Suplicação.
- √ O Ouvidor da Alfândega da cidade de Lisboa: tinha competência para apreciar feitos cíveis entre mercadores bem como questões cíveis e criminais que envolvessem funcionários de postos importantes.
- √ O Chanceler das Sentenças: que era o responsável pelo selo das sentenças e cartas expedidas por alguns outros juízes singulares.
- √ O Corregedor da Comarca: era quem deveria vigiar os membros da Justiça exercendo a correição na comarca, podendo ser auxiliado por tabeliães do local, com o objetivo de apurar as culpas, querelas e estados destas pessoas. Apreciava também os agravos de instrumento e cartas testemunháveis provenientes da correição, os recursos de agravo versando sobre a incompetência de juízo ou sobre nulidade notória da decisão. Eventualmente poderia substituir os juízes de fora e também conhecer das suspeições arguidas em relação a juízes ordinários e de fora. Se uma causa tivesse como uma das partes juízes, alcaides, fidalgos, tabeliães, abades e priores, ele teria competência para conhecer.
- √ O Ouvidor da Comarca: que exercia as mesmas funções do Corregedor e contra seus atos caberia agravo para o Corregedor. O Ouvidor era nomeado por Carta Régia e exercia seu mandato por três anos.
- √ O Juiz Ordinário: era o indivíduo anualmente eleito entre os "homens-bons" nas Câmaras Municipais e tinham competência para causas cíveis, criminais e competência subsidiária das causas atinentes ao juiz de órfãos. Suas decisões somente poderiam ser impugnadas através de julgamento de recurso na Relação respectiva do município de sua alçada.
- √ O Juiz de Fora: substituíam os juízes ordinários nas causas cíveis cujo valor não ultrapassasse mil réis nos bens móveis e nas localidade de até 200 casas, bem como como tinham a competência para causas de bens móveis com valor de até 600 réis e bens imóveis até 400 réis.
- √ O Juiz de Vintena: existia nas localidades com 20 a 50 casas e afastadas de uma cidade ou vila em uma ou mais léguas. Era

eleito entre os "homens-bons" e tinha competência para apreciar querelas de até 100 réis. Não eram de sua competência as questões criminais, entretanto, poderia decretar prisões e enviar o feito para o juiz ordinário.

- √ O Almotacés: com competência para julgar as coimas (multas impostas aos proprietários de animais que pastam em lugar indevido) e despachava nos recursos de agravo e apelação para fins de seu processamento e tinha competência para as causas relativas a servidão urbana e crimes praticados por funcionários públicos.
- √ O Juiz de Órfãos: apreciava questões relativas aos interesses de menores, inventários e tutorias.
- √ O Juiz de Sesmaria: era escolhido pela Mesa do Desembargo do Paço ou pelos governadores, sua função era apreciar demandas acerca de medição e demarcação de sesmarias.
- √ O Inquiridor: sua função era a de inquirir as testemunhas.

No segundo grau de jurisdição a responsabilidade era da "Casa de Suplicação" e do "Tribunal de Relação", cada qual cuidava dos recursos de uma parte do país. A Casa de Suplicação era composta pelos Desembargadores do Paço, pelo Conselho da Coroa e Fazenda, pela Mesa de Consciência e Ordem e pelo Chanceler da Suplicação; os corregedores e ouvidores também exerciam funções nos tribunais de segundo grau.

O terceiro grau de jurisdição era exercido pela "Casa da Suplicação", presidida pelo Regedor e composta pelo Chanceler Mor e pelos Desembargadores da Casa da Suplicação. O Regedor tinha por principal responsabilidade conduzir as atividades judiciais dos desembargadores das mesas, sendo reservado a ele o voto de desempate em qualquer decisão. O Chanceler Mor inspecionava os documentos públicos e extrajudiciais e era o responsável pelo juramento e tomada de posse dos cargos dos oficiais do Império. A função recursal era de responsabilidade dos Desembargadores que, divididos em grupos de dez, apreciavam agravos e apelações.

A Ordenação Filipina indica quais são os casos em que o processo deve ser recebido e dessa forma realiza um resumo de crimes:

“Os casos, em que se deve e pode receber querela, são os seguintes: quando for querelado de algum que sendo Cristão (ora antes fosse Judeu, ou Mouro, ora nascesse Cristão), se tornou depois a fazer Judeu ou Mouro, ou de outra seita, que a renegou, ou pesou, ou por outra maneira pôs indevidamente a boca em Nosso Senhor, ou nos Santos,[457] que é feiticeiro, sorteiro, adivinhador,[458] que cometeu crime de Lesa Majestade, que lhe roubador de estradas, que matou alguém, ou dormiu com mulher de Ordem, cometeu pecado de incesto, forçou alguma mulher, é sodomitigo,[459] alcoviteiro, falsário, pôs fogo em pães, ou em vinhas, ou em outras coisas, que é ladrão de cem réis, ou daí para cima, que feriu seu pai, ou mãe, fez assuada, quebrantou cadeia, saltou por cima do muro, estando a Cidade, ou Villa cercada, ou guardada ou, sendo Carcereiro, lhe fugiram presos, fez moeda falsa, ou a despendeu acinte, ou cerceou a verdadeira, disse testemunho falso, ou fez dizer, que casou, ou dormiu com criada daquele, com que vive, ou casou com duas mulheres, sendo ambas vivas, ou mulher, que casou com dois maridos, sendo ambos vivos, ou, sendo nosso Oficial, dormiu com mulher, que perante ele requeria, que sendo Infiel dormiu com alguma Cristã, ou Cristão, que dormiu com alguma Infiel, que é barregueiro casado, barregã de homem casado, barregueiro cortesão, barregã de homem cortesão,[460] que é mancebo de Clérigo,[461]

457 Os Mouros e Judeus eram segregados com objetividade por essa legislação: “Os Mouros e os Judeus, que em nossos Reinos andarem com nossa licença, assim livres, como cativos, trarão sinal, para que sejam conhecidos, convém a saber, os Judeus carapuça ou chapéu amarelo e os Mouros uma lua de pano vermelho de quatro dedos, cosida no ombro direito, na capa e no pelote.” (Livro V, título 94).

458 Sorteiro: aquele que tira a sorte. De fato tal Ordenação tem leis contra adivinhos, feiticeiros etc., bem como proíbe terminantemente Ciganos de entrarem no Reino (Livro V, título 69).

459 Sodomitigo: sodomita, aquele que atua sexualmente com outro homem. Essa ordenação condena tão rigorosamente tal ato quanto as outras, a diferença é que a condenação também é dada a mulheres que fazem sexo com outras mulheres (Livro V, título 13).

460 Barregice: situação de quem vive maritalmente sem ser casado.

461 Mancebo: aquele que vive em mancebia, em concubinato, amásio.

> ou de outro Religioso, ou é rufião,[462] que sendo degradado não cumpriu o degredo, que ajudou a fugir Cativos, levou coisas defesas[463] para terras de Infiéis sem nossa licença, ou foi, ou mandou resgatar à cidade de São Jorge da Mina, ou as partes e mares de Guiné, que arrancou arma na Corte, ou em Procissão, ou na Igreja, que tirou com besta, ou espingarda, posto que não ferisse, que resistiu, ou desobedeceu à Justiça, fez cárcere privado, tolheu algum preso à Justiça, que sendo preso fugiu da Cadeia, sendo Julgador deu preso sob fiança antes de sentença final, de que não haja apelação, nem agravo, ou se disser, que cometeu algum caso, no qual é posta certa pena de açoites, ou de degredo temporário para fora de certo lugar, ou daí para cima, por alguma nossa Ordenação, a quem o tal caso cometer, porque nestes cada um do povo pode querelar não sendo inimigo."[464]

O julgamento, pela Ordenação Filipina, deve ser o mais célere possível, deve ser evitada a anulação ou qualquer meio que prejudique a sentença se a verdade for sabida. Assim afirma esse documento:

> "Para que abreviem as demandas com guarda do direito e justiça das partes, mandamos que os Julgadores julguem, e determinem os feitos segundo a verdade, que pelos processos for provada e sabida ou pela confissão da parte, não julgando mais do pedido pelo autor, posto que o processo seja mal ordenado, ou errado, ou falte nele alguma solenidade, que para boa ordem e substância do juízo se requeira [...]"[465]

462 Rufião: aquele que se mete em brigas por causa de mulheres de baixa reputação.

463 Coisas Defesas: objetos que estavam, por lei, defendidos, protegidos, como ouro, prata, moedas, panos de lã, burel, almafega, lã, panos de linho ou de estopa, liteiro, linho em rama, mel cera e cévo (Livro V, título 112).

464 Livro V, título 117.

465 Livro III, título 63.

Entretanto, o resultado final do julgamento poderia ser feito à custa de provas mais seguras do cometimento do crime como é o caso do exemplo apresentado abaixo:

> "Por quanto alguns Mercadores quebram de seus tratos, levantado-se com mercadorias que lhe foram fiadas, ou dinheiro que tomaram a câmbio, e se abstêm, e escondem suas fazendas, de maneira que delas não se pode ter notícia, e outros põe créditos em cabeça alheia, e para alegarem perdas fazem carregações fingidas. Querendo Nós prover, como os tais enganos e roubos, e outros semelhantes se não façam, ordenamos e mandamos que [estes acusados] [...] sejam havidos por públicos ladrões, roubadores, e castigados com as mesmas penas, que por nossas Ordenações, e Direito Civil os ladrões públicos, se castigam, e percam a nobreza, e liberdades que tiverem para não haverem pena vil.
>
> E quando *por falta de prova*, ou por outro algum *respeito jurídico*, nos sobreditos se não puder executar a pena ordinária, serão condenados em degredo para galés, e outra partes segundo o engano, ou malícia, em que forem compreendidos: e não poderão mais em sua vida usar o Oficio de Mercador, para o qual os havemos habilitados."[466]

Embora em Portugal também tenha se utilizado os Ordálios como meio de prova, desde muito cedo predominou a ideia de que o tribunal deveria procurar a "verdade dos fatos" através da inquirição direta ou da audiência de testemunhas.[467] A Ordenação Filipina indica quais testemunhas não devem ser utilizadas, dessa forma não podem testemunhar pais, mães, avós, avôs, filhos, netos, bisnetos, irmãos, escravos, judeus, mouros, assim como:

466 Livro V, título 66. A pena para furto era a de morte, a da tentativa de furto, degredo para sempre no Brasil (Livro V, título 60). A pena para roubo era a morte também (Livro V, título 61).

467 Ordálios: conforme visto no capítulo acerca do Direito Medieval, eram formas de buscar provas a favor ou contra o réu, utilizando meios não ortodoxos como, por exemplo, fazer o indivíduo segurar um ferro em brasa, se este o queimasse ele seria considerado culpado.

> "O desasisado [que está livre] sem memória e, por tal, geralmente havido, não pode ser testemunha, nem será perguntado, em qualquer caso que seja. Os menores de quatorze anos não podem testemunhar em nenhum feito [...]"[468]

O falso testemunho, nos casos que envolvessem pena de morte, era punido com a morte e todos os bens do que desse falso testemunho iriam para a Coroa, da mesma forma pagariam os que induzissem ou corrompessem alguma testemunha. Se o processo não envolvesse pena de morte, o destino do mentiroso era o Brasil:

> "E se for em outros crimes, que não sejam de morte, e assim nos cíveis, será degredado para sempre para o Brasil, e perderá sua fazenda, se descendentes, ou ascendentes legítimos não tiver."[469]

De fato, depois da morte, que era a pena mais utilizada nos crimes indicados nessa Ordenação, o degredo para o Brasil estava em segundo lugar no grau de penalidades, mesmo o degredo para outros lugares e açoites eram aplicados para crimes considerados mais leves:

> "Se algum degredado for achado fora do lugar para onde foi degredado, sem mostrar certidão pública, para que se possa saber, que tem cumprido o degredo, seja logo preso, e o tempo, que ainda lhe ficar por servir, posto que para sempre fosse degredado, se era degredado para o Couto de Castro-Mirim, seja-lhe mudado, e o vá cumprir, e servir na África. E se era para África, vão cumprir ao Brasil. E o que era degredado para o Brasil, se por tempo, dobre-se-lhe o degredo, que tiver por cumprir. E se era para sempre, morra por isso, não cumprindo o dito degredo. E fugindo do navio em que estiver embarcando, para ser levado para o Brasil para sempre, morra por isso."[470]

468 Livro III, título 56.
469 Livro V, título 54.
470 Livro V, título 143.

A pena de morte poderia ser executada de quatro formas, a considerada pior era a morte cruel, quando o indivíduo era morto através de dolorosos suplícios. Mas o mais indicado pela ordenação era o vivicombúrio, isto é, o ato de queimar o indivíduo vivo era o caso do crime de incesto:

> "Qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua ascedente, sejam queimados, e ela também, e ambos sejam feitos pó."[471]

Outra forma era a morte atroz, que acrescentava além da pena capital alguma outra pena como o confisco dos bens, a queima do cadáver, o esquartejamento do mesmo ou mesmo a proscrição de sua memória.[472] Pode-se destacar como exemplo desse tipo de pena a que se refere a escrituras falsas:

> "Os Tabeliães, ou Escrivãos, que fizerem escrituras, ou atos falsos, mandamos que morram morte natural, e percam todos seus bens para a Coroa de nossos Reinos."[473]

A morte natural a que se refere o texto acima não é aquela que entendemos nos dias de hoje, a lei não previa que se esperasse que naturalmente a pessoa morresse. Quando a Ordenação Filipina indica que o indivíduo deve morrer de morte natural indica outro tipo de pena de morte, a morte simples, que era executada mediante degolação ou enforcamento. Neste último caso só eram enforcadas as pessoas de mais baixa camada social, visto que esse tipo de morte era considerada como infame.

O último tipo de pena de morte é considerada a mais cruel de todas elas, a "morte civil", o indivíduo mesmo vivo, não tem direito algum, vive como se não mais vivesse. Em alguns casos, o culpado do delito era morto (no caso morte cruel) e seus filhos teriam como herança a morte civil.

---

471 Livro V, título 17.

472 PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 57.

473 Livro V, título 53.

A Ordenação Filipina mantém a diferenciação entre as pessoas, em muitos casos, indica-se dois tipos de pena, uma para pessoas comuns e outra para os que chamam "gente de maior qualidade":

> "E o homem, a que for provado, que tirou alguma freira de algum Mosteiro, ou que ela pelo seu mando e indução se foi a certo lugar, donde assim a levar, e se for com ela, se for peão, morra por isso. E se for de maior qualidade, pague cem cruzados para o Mosteiro, e mais será degredado para sempre para o Brasil."[474]

Os tormentos, por exemplo, eram considerados demasiadamente vergonhosos para serem aplicados em "pessoas de maior qualidade", incluídos aí políticos e pessoas formadas em Universidades.[475] Havia, porém, alguns crimes, tidos como muito graves, que não haveria diferença entre pessoas:

> "E os Fidalgos, Cavaleiros, Doutores em Cânones, ou em Leis, ou Medicina, feitos em Universidade por exame, Juízes e Vereadores de alguma Cidade, não serão metidos a tormento, mas em lugar dele lhes será dada outra pena, que seja em arbítrio do Julgador, salvo em crime de Lesa Majestade, aleivosia, falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feitiçaria, sodomia, alcovitaria, furto: porque, segundo Direito, nestes casos não gozam de privilégio de Fidalguia, Cavalaria, ou Doutorado, mas serão atormentados e punidos, como cada um outro do povo."[476]

De uma certa forma os menores também eram protegidos.

474 Livro V, título 15.

475 Talvez tenhamos aí uma semente da ideia de prisão especial e foro especial que tanto é discutida hoje em dia.

476 Livro V, título 133. Os tormentos aí citados como pena somente o eram quando se tratava de açoitamento ou morte cruel. Entretanto os tormentos são indicados no mesmo título como forma de obtenção de confissão.

> "Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte anos, cometer qualquer delito, dar-se-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse. E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total ou diminuí-la. E neste caso olhará o Julgador o modo com que o delito foi cometido, e as circunstâncias dele, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poderá diminuir, segundo a qualidade, ou simplicidade, com que achar, que o delito foi cometido. E quando o delinqüente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do Julgador dar-lhe outra menor pena [...]"[477]

5. O Período Pombalino

Enquanto em alguns países o Iluminismo agiu como elemento perturbador da ordem estabelecida em outros foi utilizado para reforçar o absolutismo e assim o foi com Portugal. O rei D. José II (1714-1777) nomeou como secretário de Estado o homem que reformaria o Estado Português dando mais estabilidade a este e modernizando-o, era Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal.

Todas as reformas do Marquês tinham como objetivo último o fortalecimento do Estado, visando reforçar o absolutismo, e assim ele agiu, mesmo em detrimento da burguesia, de uma parte da nobreza e do clero.

Politicamente, sua tônica foi a centralização administrativa levada a extremos: do ponto de vista econômico ele buscou restaurar a economia portuguesa, que há muito apresentava problemas, principalmente por causa da dependência para com a Inglaterra. No mesmo sentido, ele agiu no âmbito do direito, não é de estranhar, portanto, que

477 Livro V, título 135.

sua obra legislativa tivesse forte caráter publicista e visasse fortalecer o poder real.

Em um primeiro momento, ele elaborou uma série de documentos legais com vistas a fortalecer a justiça criminal, como o Alvará de 28 de Julho de 1751 que punia a todos, incluindo nobres, que auxiliassem na fuga de criminosos. Ele criou ainda a Intendência Geral de Polícia em 1760 com "o intuito de criar um temor reverencial contra o povo em favor do funcionário régio no cumprimento de suas obrigações, a fim de evitar que o mesmo sofresse injúria, ofensas ou até ameaça se não desistisse do seu dever."[478]

O Marquês de Pombal legislou bastante também para proteger a economia portuguesa, assim vemos leis que dão o monopólio de vinhos e vinagres à Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro, a rigorosidade aplicada contra contrabandistas etc.

A obra de Pombal, que talvez chame mais a atenção na História do direito, foi a que modernizou a ordem jurídica portuguesa. Essa modernização deu-se de dois modos, primeiro houve a edição da Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769, que reformulava a estrutura jurídica do direito subsidiário:

> "[...] [esclarecendo] aspectos das novidades, fixando deferência pelas *leis pátrias* e pelos *estilos da corte*, cuja autoridade exclusiva competia aos assentos da Casa de Suplicação; fixando regras para a validade do costume (ser conforme à boa razão, não contrariar a lei, ter mais de cem anos de existência), nos casos omissos, isto é ausente o direito e costume pátrios, recorrer-se-ia ao direito subsidiário; mas o direito romano somente seria aplicado se fosse conforme à boa razão (*recta ratio* jurisnaturalista), isto é, desde que correspondesse aos princípios do direito natural ou do direito das gentes [...]"[479]

478 PAULA, J. L. M. Op. cit., p. 190. Essa preocupação já é encontrada na Ordenação Filipina no Livro V, títulos 49 e 50.

479 *Ibidem*, p. 191.

O segundo modo foi a reforma dos Estatutos das Universidades, esta foi feita após o estudo de uma Comissão o que gerou a Carta de Lei de 28 de Agosto de 1772, que introduziu as cadeiras de Direito Natural, História do Direito Romano e do Direito Pátrio, Direito Público Universal e Direito das Gentes. O estudo do direito pátrio era o que ensinaria a interpretação e a execução das leis, um marco para a época.[480]

6. As Constituições Portuguesas

Portugal iniciou seu "caminho constitucional", um tanto tortuoso é verdade, depois da situação gerada pela invasão da França Napoleônica e da transferência da Família Real Portuguesa para o Brasil.

Desde a transferência da Corte Portugal vivia uma situação única, estranha e sem precedentes. Em 1808 sofreu a invasão francesa e depois da expulsão dos franceses passou a viver sob o poder direto da Inglaterra, até a Revolução do Porto de 1820, Portugal foi governado por Lord Beresford.

Somente essa situação já seria o bastante para gerar descontentamentos profundos entre os portugueses. Entretanto havia mais problemas, Portugal havia se habituado ao parasitismo colonial e após a elevação de fato e de direito do Brasil à condição de Reino Unido, nada menos que nove décimos de todo comércio externo português acabou ou saiu de suas mãos para as mãos da Inglaterra.

Os Portugueses, insatisfeitos, fizeram uma revolução em 1820 e formaram um governo: a Junta Provisional do Governo Supremo do Reino que, já em dezembro do mesmo ano, mandou fazer uma eleição de deputados para as Cortes Extraordinárias Constituintes, convocadas para Lisboa.

O primeiro passo das Cortes foi o de aprovar o projeto de Bases da Constituição Portuguesa em Março de 1821. Os constituintes parecem ter querido apresentar os princípios que norteariam a substituição da antiga legislação pelo – inspirados nos ideais iluministas da Revolução Francesa – novo "pacto social", indicando a base da Constituição que seria feita.

480 *Ibidem*, p. 192.

Esse documento é dividido em duas seções. Na primeira, foi feita uma Declaração de Direitos seguindo os moldes norte-americanos e franceses, na segunda eles preocuparam-se em estabelecer as bases políticas do novo Estado português.

Sobre essas bases foi elaborado o projeto de Constituição que, após muitos debates, foi promulgado em 23 de setembro de 1822 e em outubro do mesmo ano foi jurada por D. João VI. Tem como fontes a Constituição Espanhola de 1812 e inspira-se na Constituição Francesa de 1791 e na de 1795, assim encontramos ideais iluministas como a soberania nacional, a separação de poderes e a liberdade política.

Este é o mais antigo texto constitucional de Portugal e é considerado por muitos como sendo tecnicamente muito bem elaborado, entretanto, seus avanços políticos e sua técnica não foram suficientes para fazer com que fosse colocada em prática. Em novembro de 1822, as potências da Santa Aliança (reunião de países que visava refazer, conforme seus interesses, a Europa após Napoleão) resolveram intervir na Espanha e acabaram por invadir esse país e restaurar a monarquia absolutista. Animados com esses fatos portugueses contrários a qualquer limitação do poder real, inclusive opositores de qualquer constituição, promoveram uma revolta que ficou conhecida como "Vila-Francada" liderada pelo Infante D. Miguel – irmão de D. Pedro I do Brasil – que revogou a constituição e restaurou o absolutismo.

Com a morte de D. João VI uma crise iniciou-se visto que o herdeiro de fato seria D. Pedro, que era imperador do Brasil, mas existiam muitos que defendiam a coroação de D. Miguel, pois temiam que D. Pedro não desejasse residir em Portugal, fazendo com que a administração de Portugal fosse para o Rio de Janeiro.

Como solução e ainda para tentar aliviar animosidades e desconfianças no Brasil, D. Pedro abdicou do trono português em favor de sua filha de sete anos, Maria da Glória que deveria, como condição para a abdicação, casar-se com o tio D. Miguel e que em Portugal uma nova Carta Constitucional fosse jurada.

A nova carta, a Constituição de 1826, chamada por muitos de Carta Constitucional simplesmente, foi feita no modelo que já havia sido aplicado no Brasil, uma "dádiva de D. Pedro" ao povo português. Aliás, sua principal fonte foi a Constituição brasileira de 1824, dessa forma podemos ver o Poder Moderador também nessa Constituição.[481]

481 Sobre o Poder Moderador veremos mais amiúde quando tratarmos de Brasil Império.

Após o juramento por todos, ela entrou em vigor. Entretanto, a hostilidade a esse documento legal vinha de vários setores, inclusive dos militares que iniciaram uma revolta. Nesse clima, D. Miguel aclamou-se rei e em 1828 a Carta foi anulada e iniciou-se um período de guerra civil que somente iria terminar em 1834, com a derrota de D. Miguel para D. Pedro, que abdicara no Brasil, e com a morte daquele. A Carta Constitucional voltou a vigorar.

Uma revolta, chamada Setembrista, obrigou D. Maria II a retornar com a Constituição de 1822 ao mesmo tempo em que uma nova Constituição era elaborada. As Cortes Gerais Constituintes reuniram-se pela primeira vez em janeiro de 1837, e no decurso de seus trabalhos golpes de Estado foram tentados e revoltas armadas agitaram o país. Entretanto, o governo conseguiu manter-se e, em abril de 1838, Portugal tinha uma nova Constituição.

O princípio da tripartição de poderes foi reinstalado assim como o bicameralismo das Cortes. Outras características dessa Constituição foram o veto absoluto do rei e a descentralização administrativa. Se compararmos esta com as outras constituições portuguesas podemos considerar que ela tomava uma posição intermediária entre o radicalismo da Constituição de 1822 e a unilateralidade da Constituição Outorgada de 1826. Em 1842 um golpe de Estado restaurou a Carta Constitucional de 1826 que permaneceu até 1910 ano da Proclamação da República em Portugal, com revisões em 1852, 1885 e 1896.

A República foi proclamada em 5 de outubro de 1910, no mesmo dia organizou-se um governo provisório que estabeleceu as regras para as eleições para deputados constituintes. A Assembleia Constituinte reuniu-se a partir de abril de 1911, sendo promulgada a Constituição em agosto do mesmo ano.

As principais fontes desse texto constitucional são a Constituição Republicana brasileira de 1891 e a Constituição de 1822. Exerceu também considerável influência no texto constitucional de 1911 o programa do Partido Republicano Português.

A Constituição veio a ser revista pela primeira vez em 1916. Já em 1915, durante a breve ditadura de Pimenta de Castro, havia sido suspensa. Porém em 1917, em virtude da revolta militar de 5 de Dezembro, Sidónio Pais tentou buscar uma forma mais perdurável à legalidade constitucional, fazendo publicar, autoritariamente, o Decreto nº 3.997, que veio instituir uma orientação presidencialista, antiparlamentar e acentuadamente autocrática. Mas em seguida à morte do Ditador (1412-1918) o Congresso repôs em vigor a Constituição de 1911. Por su-

cessivas leis de 1919, 1920 e 1921, a Constituição foi sujeita a alterações, sendo as mais importantes: o direito concedido ao presidente da República de dissolver as Câmaras; a regulamentação escrita dos poderes do Governo durante o período de dissolução do Congresso; a aprovação das bases da reforma da administração ultramarina, no sentido duma larga autonomia.

Em 28 de Maio de 1826 deu-se nova revolta militar, que instituiu outra vez a ditadura. O Decreto de 9 de junho de 1926 dissolveu o Congresso da República, altura em que cessou de fato a vigência da Constituição de 1911, que somente veio a ser substituída pelo texto constitucional que entrou em vigor em 11 de abril de 1933. A atual Constituição de Portugal foi promulgada em 1976, após a reinstalação da democracia.

CAPÍTULO XIII
BRASIL COLÔNIA

1. Sem Fé, sem Lei, sem Rei

Os habitantes originais do território que hoje é o Brasil eram múltiplos, em tribos, etnias, línguas. Havia aqueles que trabalhavam melhor o solo e tinham a necessidade de fazer artefatos de barro mais elaborados, como a cultura marajoara; havia aqueles que viviam na costa, podendo se dar ao luxo de plantar mandioca e às vezes milho, mas não guardá-los.

Eles viviam em comunidades caracterizadas pela inexistência da propriedade privada, somente alguns artefatos poderiam de fato ser considerados como sendo de propriedade de uma família ou de um indivíduo, como uma arma por exemplo. O caráter comunitário da produção implicava em uma economia que buscava assegurar estritamente o que era para consumo, a maior parte das tribos não tinha excedentes e, se porventura houvesse de vez em quando excedentes, aí haveria troca com outras tribos ligadas por consanguinidade.

Das várias línguas, a mais utilizada era o tupi, que não tinha a pronúncia da letra 'F', da letra 'L' ou da letra 'R', o que foi utilizado pelos portugueses como uma forma de depreciação do índio porque, em se partindo de uma comparação com os europeus da época, como os índios não eram cristãos, não tinham fé; como não legislavam, não tinham lei, como não tinham um chefe supremo, não tinham rei.

> "Porque, se não tem F é porque não têm coisa alguma que adorem nem os nascidos entre cristãos e doutrinados pelos padres da Companhia tem fé em Deus Nosso Senhor, nem têm verdade, nem lealdade a nenhuma pessoa que lhes faça bem. E se não têm L na sua pronunciação é porque não têm lei alguma que guardar, nem preceitos para se governarem, e cada um faz a lei a seu modo, e ao som da sua vontade; sem haver entre eles leis com que se governem, nem têm leis uns com os outros. E se não têm R na sua

> pronunciação, é porque não têm rei que os governem e a quem obedeçam [...]"[482]

Para europeus já acostumados com a centralização política de uma monarquia absoluta era estranho não identificar alguém nas tribos com poder que pudesse ser colocado acima dos demais. De fato, cada maloca era comandada por um chefe e havia o chefe da aldeia, mas o poder deste último não era muito maior que os dos chefes das malocas. Esse chefe, também chamado de Principal tinha como obrigação que o diferenciava dos outros o fato de ir à frente na guerra (não no sentido figurado de dar ordens) e de dar presentes aos visitantes.

Quanto às leis, de fato eles não as tinham, não no modelo europeu, que contava com códigos (nem sempre organizados) e com autoridades supremas que impunham a lei. Mesmo Anchieta estranhava o fato de eles serem por vezes "desobedientes", afirmando que muitas vezes os índios recalcitravam e que os filhos obedeciam aos pais quando lhes parecia interessante.

O estudo antropológico moderno, um pouco mais distante dos preconceitos dos séculos passados observa que essa tal "desobediência" se dá por um fator que para muitos hoje é uma utopia para o futuro: o respeito à vontade individual. Se por um lado a tribo toda contribuía para o sustento de todos, por outro ninguém obrigava ninguém a nada.

> "O total respeito dos índios à vontade do indivíduo contra qualquer necessidade ou pressão da sociedade, com exceção de uma persuasão gentil, foi também interpretado pelos europeus como prova de sua animalidade, porque a submissão à autoridade – paterna, do Estado e da Igreja – era considerada característica fundamental da civilização."[483]

As grandes decisões eram tomadas pelo grupo de homens que se reunia por horas no centro da aldeia para discutir, o que era valorizado era o poder de persuasão. Assim, os europeus não conseguiram

---

482 SOUZA, Gabriel Soares *apud* MESGRAVIS, Laima; PINSKI, Carla B. **O Brasil que os europeus encontraram**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002, p. 51.

483 *Ibidem*, p. 49. As crianças não sofriam castigos físicos, a educação era pelo exemplo, qualquer tentativa dos jesuítas em tentar obrigar as crianças a fazer algo por meio de repreensões severas, gritos e pancadas, gerava uma reação indignada dos pais.

identificar uma liderança forte, porque ela não cabia em um modelo como este. Léry, um viajante da época da colônia criticava a atitude dos europeus que menosprezavam o que consideravam a primitividade dos índios:

> "É coisa incrível e de envergadura os que consideram as leis divinas e humanas como simples meios de satisfazer sua índole corrupta, que os selvagens, guiados apenas pelo seu natural, vivem com tanta paz e sossego."[484]

Mas havia regras, elas não eram escritas porque os índios do território que Portugal tomou posse não tinham escrita. Eram regras variáveis de tribo para tribo, mas algumas questões eram comuns.

A divisão do trabalho era feita através de critérios sexuais ou etários, homens caçavam, guerreavam e preparavam o terreno para o plantio, as mulheres cuidavam da agricultura, do preparo de alimentos da feitura de cestas e objetos.[485]

Para alimentação havia algumas proibições, embora os índios não tenham domesticado animais utilizáveis em trabalhos agrícolas, os animais domésticos se tornavam tabus alimentares. Assim eles não comiam, por exemplo, as galinhas brancas e os porcos domésticos, embora comessem os porcos do mato.[486]

O casamento era preferencialmente realizado na forma avuncular, ou seja, matrimônio do tio materno com a sobrinha e era através destes que eram acertadas as alianças. A obtenção de esposas fora dos arranjos preestabelecidos era possível, porém o noivo era obrigado à prestação de serviços aos pais, tios e irmãos da noiva, antes e depois do casamento.[487]

Antes do casamento, em muitas tribos, não havia a concepção de virgindade, entretanto, depois de realizado, a fidelidade da mulher era mais cobrada que a do homem. Casar-se era tão simples quanto divorciar-se: após declaração de ambas as partes estava feito.

---

484 Léry apud MESGRAVIS, *op. cit.*, p. 52.

485 Elas plantavam milho, batata-doce e mandioca

486 MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). **Brasil história: texto e Consulta – Colônia**. São Paulo: Hucitec, 1991, v. 1, p. 63.

487 HOLANDA, Sergio Buarque de. **História geral da civilização brasileira**: a época colonial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, v. 1, p. 77.

A poligamia era permitida e o homem com mais de uma esposa tinha seu prestígio reforçado. Uma das esposas era eleita a predileta, podendo inclusive, passar a substituir as demais no papel sexual.[488] Mas a poliandria também existia em algumas tribos, isto é, para algumas comunidades, principalmente as matrilineares, havia a possibilidade de uma mulher ter vários maridos.[489]

Todas essas relações eram reguladas pelo parentesco que podia ser matrilinear, em que são considerados parentes apenas os de linha materna; o patrilinear, são parentes os do lado do pai somente e o bilateral, o parentesco existindo de ambos os lados.

2. Os Tratados Antes do Brasil e Limites de Terras

Muito antes da tomada de posse por Cabral o território brasileiro já era alvo de disputa por parte de Espanha e Portugal, daí podermos considerar que os primeiros documentos com valor jurídico relativos ao que chamamos hoje de Brasil são anteriores à própria existência jurídica do Brasil.

Alguns autores, como Walter Vieira do Nascimento indicam a Bula Inter Coetera (de 1493) e o Tratado de Tordesilhas (de 1494) como sendo os documentos que trazem a posição de primeiros documentos jurídicos que afetaram o que é hoje o Brasil, mas eles são o segundo e o terceiro.[490]

Mesmo antes da viagem de Colombo houve um Tratado celebrado entre Portugal e Espanha em 6 de março de 1480, o Tratado de Toledo, que dava a Portugal a exclusividade de águas e terras ao sul das Canárias. Embora possamos discutir nesse e em outros tratados a validade ou moralidade dos mesmos, ao sul das Canárias o Brasil está até hoje.

A viagem de Colombo veio a estremecer o relacionamento entre as duas Coroas Ibéricas e fez com que o rei português da época, D. João II, fundamentado no diploma de 1480 procurasse garantir seus direitos através de uma demonstração de força. Ele mandou aprontar uma armada (como era chamado um conjunto de navios de guerra) para

488 *Ibidem*, p. 78.

489 MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 64.

490 NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 191.

enviar às ilhas visitadas por Colombo porque considerava que estas lhe pertenciam.

Para se defenderem, Isabel e Fernando, os Reis Católicos da Espanha, buscaram apoio no papa. Em 4 de maio de 1493, o Papa Alexandre VI expediu a Bula Inter Coetera, que lhe dava domínio exclusivo de todas as ilhas e terras firmes, já descobertas ou que se viessem a descobrir situadas a ocidente de uma linha meridiana traçada de polo a polo que passasse cem léguas a oeste de qualquer das ilhas dos Açores e Cabo Verde, contanto que estas ilhas e terras não fossem possuídas por algum príncipe cristão antes do Natal de 1492.[491]

Embora a demarcação da bula papal tenha salvaguardado as rotas portuguesas do Atlântico Sul, ou seja, o caminho marítimo para as Índias ainda assim não era interessante para Portugal, por isso D. João II recusou-se a aceitar a Bula Inter Coetera e pressionou a Espanha, que recém saíra da guerra contra os Mouros e receava entrar em outra guerra, para que um arranjo fosse feito.

Ultimou-se em Tordesilhas, em 7 de junho de 1494, o acordo que deu fim a longas negociações entre as duas coroas. Conforme a principal cláusula do diploma as duas monarquias estabeleciam o meridiano traçado a 370 léguas a oeste das Ilhas Cabo Verde, tudo o que estivesse a oeste seria espanhol, a leste de Portugal.

O Tratado de Tordesilhas foi feito com total consciência do que Portugal desejava, todo o Atlântico Sul estava sob o domínio português, o caminho para as Índias era exclusivamente dos lusitanos, as terras que ou eles tinham certeza que existiam ou tinham uma forte presunção de existência mesmo que não fossem totalmente interessantes aumentariam o patrimônio português. E, como foi feito antes de certezas completas, o Tratado foi pensado para não funcionar:

> "Não se indicou, porém, no diploma de Tordesilhas, o sítio de Cabo Verde que se tomaria para a medição da contagem das 370 léguas, apesar de os pontos extremos do arquipélago distarem entre si 20 a 40 graus de longitude [...]. Dir-se-ia que os plenipotenciários luso-castelhanos, polemistas de Tordesilhas, jamais acreditaram no

491 DIAS, Manuel Nunes. Expansão européia e descobrimento do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Brasil em perspectiva**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, p. 23.

> exato cumprimento do ajuste entre as duas Coroas litigantes [...]"[492]

3. O Antigo Sistema Colonial e os Primeiros Documentos Jurídicos na Colônia

O Brasil dos primeiros tempos não era em nada interessante para Portugal, neste primeiro momento interessavam mais a Portugal as Índias Orientais e seus imensos e garantidos lucros. Isto se explica pelo fato de que os lusitanos, comerciantes exemplares, se interessavam apenas por lugares que eram habitados por povos que conhecessem o sistema de trocas e produzissem excedentes e este não era o caso dos índios da América portuguesa.

O Brasil era uma colônia e no Antigo Sistema Colonial a Colônia existe para dar lucros, para desenvolver a Metrópole, tanto é assim que a colônia deve ser um local de consumo dos produtos metropolitanos – e os índios no Brasil não eram um mercado considerável – e de fornecimento do que a Metrópole considerava interessante.

O que havia de interessante era a árvore que servia para a extração de tintas para panos, miniaturas e manuscritos, o pau-brasil, conhecido pelos índios como Ibirapitanga (ibirá = pau; pita = vermelho). O procedimento para a extração do pau-brasil foi o mesmo que se havia empregado na exploração de produtos africanos e asiáticos, a árvore era considerada um produto "estancado", ou seja, só o consentimento real dava o direito de exploração. Assim foram expedidos os primeiros documentos com valor jurídico, aqueles que davam, mediante pagamento prévio de uma soma, a indivíduos o direito de extrair, por um tempo determinado, a madeira.

No reinado de D. João III (1521-1557) a expansão portuguesa chegou ao seu limite e Portugal começou a sentir as dificuldades de manter o imenso império colonial que passara a possuir. Concomitantemente, embora os portugueses detivessem o comércio das especiarias a manutenção deste domínio não era das mais fáceis tarefas, a reação muçulmana ainda se fazia presente, eles lançaram-se em uma Guerra Santa contra os Cristãos Portugueses com o claro objetivo de retomar o domínio do comércio.

---

492 *Ibidem*, p. 28.

E a ameaça não vinha somente dos muçulmanos, outros povos, inclusive os espanhóis, buscavam novas rotas no oriente e ocidente. O processo de centralização política em outros países promoveu um novo equilíbrio de forças na Europa e, à medida que países se formavam, centralizando o poder, eles lançavam-se em busca de mercados, colônias, que pudessem embasar a economia mercantil que estava em voga naquele momento. Dessa forma, ao mesmo tempo em que os lucros com o comércio oriental começavam a declinar (embora permanecessem imensos) a soberania portuguesa em territórios como o Brasil era ameaçada por nações como a França e a Inglaterra que buscavam os lugares onde Portugal e Espanha não tinham ainda tomado posse, negando o Tratado de Tordesilhas.[493]

Criava-se, portanto, uma necessidade para Portugal de tomar posse de suas terras na América para não perdê-las. O interesse, entretanto, somente cresceu com a descoberta na América espanhola de imensas minas de prata e ouro, levando os portugueses a considerar que deveria haver também jazidas no lado leste do meridiano de Tordesilhas.

O problema era que Portugal não tinha condições financeiras e humanas para empreender uma posse em um território tão vasto quanto era o Brasil. A solução encontrada foi uma espécie de "privatização" da colonização: as Capitanias Hereditárias, esse sistema já havia logrado sucesso nas ilhas do norte da África. Por este, pedaços de terra eram doados em usufruto hereditário e os donatários – maneira que eram chamados aqueles que recebiam uma Capitania – ficariam responsáveis pelos investimentos de colonização.

Os indivíduos escolhidos para donatários recebiam as Cartas de Doação que indicavam a condição de posse de sua capitania. Recebiam também os forais, que indicavam seus direitos (recebimento de taxas, distribuição de terras, nomeação de autoridades administrativas e juízes) e deveres (todas as despesas da colonização e ajuda a povoadores). Eles tinham o privilégio de exercer a justiça, mas isto não era arbitrário, nem exerciam o poder judicial e legislativo de forma isolada, eram obrigados a seguir as leis do Reino e as Cartas Forais que delimitavam suas funções. Os forais eram importantes documentos

493 Essas nações baseavam suas pretensões no princípio do *uti possidetis*, isto é, cada país ficaria com os territórios que conseguisse tomar posse de fato. Francisco I (1515-1547) da França chegou a argumentar a soberania de Portugal e Espanha exigindo o testamento de Adão e Eva que doava terras aos dois países.

jurídicos tendo em vista que delimitavam e indicavam poderes e deveres, buscando sua definição pode-se compreender melhor a natureza deste documento jurídico:

> "Nome dado em Portugal aos documentos através dos quais a monarquia concedia a uma pessoa determinada terra e onde estavam contidas as normas que regeriam as relações entre quem recebia e quem doava. Entre os preceitos estipulados nos forais avultam os seguintes: liberdade e garantia das pessoas e bens da terra; impostos; sanções para delitos e contravenções; imunidades; formas de detenções. Os forais constituem uma espécie importante das chamadas 'cartas de privilégio' e sua dimensões variam muito [...]"[494]

Cabia aos donatários nomear seu Ouvidor para exercer a jurisdição civil e criminal. Houve casos em que Ouvidores nomeados por donatários foram os verdadeiros colonizadores, visto que alguns donatários preferiam enviar seus ouvidores e manter-se em Portugal.[495]

As Capitanias Hereditárias, enquanto sistema de colonização, foram um fracasso considerável, somente duas, a de Pernambuco e São Vicente conseguiram obter êxito montando um esquema produtivo baseado em fortuna própria e ajuda financeira de grupos mercantis estrangeiros. O fracasso das outras capitanias deveu-se principalmente ao desinteresse dos indivíduos que receberam as capitanias – geralmente nobres e mercadores que não arriscariam sua fortuna em um empreendimento extremamente arriscado – e os altos custos para a efetivação da posse.

4. O Município, o Governo-Geral e a Montagem de um Aparato Jurídico na Colônia

Com o fracasso do sistema de Capitanias ficou patente que era inviável colonizar somente com capital privado, mesmo assim, em alguns

494 AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 179.

495 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002.

pontos da colônia foram lançadas as bases para a ocupação efetiva da terra fazendo surgir, ainda que a princípio de forma dispersa, aldeias, povoados, vilas e cidades.

Foram transladados para a colônia os princípios de administração local através do Município, com organização e atribuições políticas, administrativas e judiciárias semelhantes às da metrópole, seguindo a legislação metropolitana.[496]

Ao mesmo tempo em que se iniciava a transposição do modelo municipal português para o Brasil, Portugal concluiu que era necessária uma maior atuação do Governo Metropolitano na colônia com vistas a produzir o resultado que o sistema de capitanias não conseguiu alcançar.

A criação do Governo-Geral em 1548 e sua posterior implantação no ano seguinte demonstram essa mudança de rumo. Enquanto com as Capitanias Hereditárias os donatários recebiam poderes soberanos, os Governadores estariam, ao mesmo tempo, sujeitos diretamente ao poder metropolitano e sujeitando a colônia a esse controle.

> "Em primeiro lugar, acima do governador, vigilante, ativo e estorvante, lá se encontrava o governo central da metrópole. [...] O governador ficava por isso, em regra, adstrito a normas muito precisas e rigorosas, traçadas com minúcias até extravagantes, e na feitura das quais era previamente ou pouco ouvido. [...] Além disso, devia o governador prestar contas pormenorizadas da sua gestão, sobretudo a seu termo [...]"[497]

O Governo-Geral foi instituído mediante um Regimento que claramente buscava superar os obstáculos encontrados com o sistema ante-

496 Conferir capítulo acerca das ordenações portuguesas e estrutura judiciária municipal de Portugal.

497 PRADO JÚNIOR, Caio Prado. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. São Paulo: Brasiliense: Publifolha, 2000, p. 316. Na página seguinte o autor explica o porquê desse controle tão rígido: "Todas essas limitações da autoridade do governador são conseqüência do sistema geral da administração portuguesa: restrição de poderes, estreito controle, fiscalização opressiva das atividades funcionais. Sistema que não é ditado por um espírito superior de ordem e método, mas reflexo da atividade de desconfiança generalizada que o governo central assume com relação a todos os seus agentes, com presunção mal disfarçada de desleixo, incapacidade, desonestidade mesmo em todos eles."

rior. Por esse documento cabia ao Governador-Geral coordenar a defesa da terra contra ataques instalando fortes, conservando-os, construindo navios, armando colonos. O Regimento exigia também que o Governador desse sesmarias, facilitasse o estabelecimento de engenhos de cana, montasse expedições de exploração da terra e protegesse os interesses metropolitanos no que dizia respeito ao estanco do pau-brasil e aos impostos.

O Regimento ainda estabelecia que o Governador fizesse aliança com os índios e desse auxílio em sua catequese, evitando sua escravização e doando-lhes terras com vistas a integrar essas populações no sistema produtivo colonial. Essa parte do documento deve ser analisada com mais atenção porque à primeira vista parece, erroneamente, que os Portugueses se interessaram pelos índios e por sua liberdade da maneira mais altruísta possível.

A questão da não escravização do indígena é muitas vezes justificada com uma obra primorosa de *marketing* (se é que podemos assim chamar) dos jesuítas que, interessados em ter os índios livres para a catequese, não desejavam que estes fossem escravizados. Um famoso jesuíta do período colonial, Padre Antônio Vieira, dizia serem os índios preguiçosos e pouco afeitos ao trabalho braçal. É interessante que, nas reduções jesuíticas, os índios não pareciam ser nem preguiçosos nem inábeis para montar toda uma estrutura física e agrícola dentro dos interesses dos religiosos.

Paralelamente ao interesse dessa ordem, que até o período Pombalino tinha grande influência no governo português, o índio não era interessante como escravo por dois motivos básicos: primeiro e mais importante, a escravidão indígena não atendia ao principal pressuposto da relação metrópole-colônia, isto é, a colônia deveria sua existência para dar lucros à metrópole e, enquanto a escravidão negra necessitava do comércio ultramarino (que dava lucros exorbitantes a Portugal), a escravidão indígena era local e não envolvia, necessariamente, lucros diretos à Metrópole e aos mercadores metropolitanos.

O segundo motivo era o interesse e, até certo ponto, necessidade de Portugal, de tornar os índios parte da obra de colonização. Isso gerou problemas que duraram muito, isso porque os interesses de metrópole e colônia eram antagônicos no que diz respeito ao índio. Conforme afirma Caio Prado Júnior:

> “O índio foi o problema mais complexo que a colonização teve que enfrentar. Tornou-se tal [...] pelo objetivo que se teve em vista: aproveitar o indígena na obra de colonização. [...] Aqui no Brasil tratou-se desde o início de aproveitar o índio, não apenas para obtenção dele, pelo tráfico mercantil, de produtos nativos, ou simplesmente como aliado, mas sim como elemento *participante* da colonização. Os colonos viam nele um *trabalhador* aproveitável; a metrópole, um *povoador* para a área imensa que tinha de ocupar, muito além da sua capacidade demográfica.”[498]

Como auxiliares dos Governadores foram instituídos ainda três cargos, cada qual com Regimento próprio: o Provedor Mor da Fazenda que cuidava de organizar a cobrança de impostos e prover cargos, o Capitão-Mor da Costa com atribuições de defesa e o Ouvidor-Mor, com função jurídica administrativa.[499] Este último situava-se como a maior autoridade da justiça na colônia, entretanto, conforme afirma Caio Prado Júnior, não podemos contar com uma divisão de poderes tão bem caracterizada quanto vemos hoje nas sociedades modernas, portanto, muitas vezes as atribuições poderiam se confundir ou sobrepor dependendo exclusivamente da personalidade ou interesses daqueles que compunham o Governo-Geral.[500]

A princípio o Ouvidor-Mor era independente, mas, poucos meses após a implantação do Governo-Geral a função do Ouvidor vinculou-se ao Governador que passou a ter, com o auxílio do Ouvidor as seguintes atribuições judiciárias: examinar conflitos de jurisdição em grau de recurso de apelação ou agravo; limitar o excesso de jurisdição dos donatários, emitir alvarás para soltura dos culpados em crimes, para busca aos carcereiros, para fazerem fintas nas obras públicas dos Conselhos, para seguir apelação e agravo sem que houvesse embargo ou falta de preparo, para entrega de fazenda a ausentes, para possibi-

498 *Ibidem*, p. 86 e ss.

499 Embora já houvesse na colônia cargos que estivessem em uma posição que indicaríamos como sendo o poder judiciário, somente com a instalação do Governo-Geral e a chegada do primeiro Ouvidor-Mor o desembargador Pero Borges, deu-se o início da implantação da estrutura judiciária. Entretanto, o desenvolvimento de tal estrutura só aconteceu depois, com a Ordenação Filipina.

500 *Ibidem*, p. 307 e ss.

litar realizar prova de direito comum em contratos ou alvarás de fiança; vigiar, fiscalizar e punir os donatários que tenham agido por força ou extorsão pública ou criado obstáculos à atividade judiciária; guardar provisão da Mesa da Consciência e Ordens sobre dinheiro de pessoas já falecidas, cativos e ausentes.[501]

Mas havia questões que somente eram da alçada do Ouvidor e outras que somente poderiam ser efetivadas com a anuência do Governador-Mor e do Ouvidor, assim:

> "Ao governador geral não cabia, por exemplo, anistiar ou castigar os réus ou imiscuir-se de qualquer forma em atribuições da competência do ouvidor, Este conhecia a ação nova dos casos crimes e tinha alçada até morte natural [pena de morte], inclusive, nos escravos, gentios e peões cristãos livres. Nos casos, porém, em que, segundo o direito, cabia pena de morte inclusive, nas pessoas das ditas qualidades, procederia nos feitos a final, e os despacharia com o governador sem apelação nem agravo, sendo ambos conformes nos votos. Caso discordassem, deveriam mandar os autos com os réus ao corregedor da corte. Nas pessoas de maior qualidade teria alçada, o mesmo ouvidor, até cinco anos de degredo, excluindo-se, de qualquer modo, de sua ação, as pessoas eclesiásticas."[502]

Essas atribuições, bem posicionadas no papel não eram tão respeitadas na prática, mesmo porque a colonização portuguesa no Brasil cometeu um erro crasso, que levaria a outros erros ainda maiores: os portugueses transpuseram para a colônia o modelo idêntico ao que era utilizado em Portugal, menos no tocante à cobrança de impostos, essa legislação foi cuidada profundamente e colocada em prática levando em conta as especificidades da colônia mas, somente neste caso se tomava tal cuidado. E, se somente levarmos em consideração uma

---

501 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Op. cit., p. 213.

502 *Apud* PAULA, J. L. M. de. *Op. cit.*, p. 214. Sobre a diferença de penas para pessoas de "níveis diferentes", e sobre a pena de morte que era chamada morte natural, conferir capítulo sobre o Direito Português.

parca comparação de tamanho entre os dois territórios veremos a impossibilidade de essa cópia fiel dar muito certo.

Caio Prado Júnior aponta um exemplo do erro português na colonização brasileira e seu prejuízo para a administração da justiça no Brasil:

> "[...] Lembremos aqui o caso mais flagrante, e de todos talvez o de efeitos mais nefastos daquela norma de copiar servilmente aqui sistemas do Reino. Foi o de centralizar o poder e concentrar as autoridades; reuni-las todas nas capitais e sedes, deixando o resto do território praticamente desgovernado e a centenas de léguas muitas vezes da autoridade mais próxima. Naturalmente a extensão do país, a dispersão do povoamento, a deficiência de recursos tornavam difícil a solução do problema de fazer chegar a administração, numa forma eficiente, a todos os recantos de tão vasto território. [...] Veja-se por exemplo o que se dá com as relações do Rio de janeiro e da Bahia, que contava cada qual para mais de 30 pessoas, entre desembargadores e funcionários, todos largamente remunerados, enquanto na maior parte da colônia a administração e justiça não tinham autoridade alguma presente ou acessível, ou então se entregavam, nos melhores dos casos, à incompetência de leigos como eram os juízes ordinários [...]"[503]

Nas vilas, nos municípios, havia toda uma série de cargos que chamaríamos, pela falta de denominação melhor, de jurídicos que eram ocupados (almotacés, juiz ordinário etc.), mas a jurisdição destes era tão imensa que tornava humanamente impossível cobrir todo território que se deveria. A organização portuguesa transposta para o Brasil indicava como solução para esse problema a prática das Correições e das Visitações, ou seja, excursões administrativas que deveriam ser feitas pelas autoridades em todos os recantos de sua jurisdição. O problema é que essas práticas raramente aconteciam, quando acon-

503 PRADO JÚNIOR, C. P. *Op. cit.*, p. 312.

teciam era por uma excepcionalidade ou com vistas à fiscalização, supervisão geral ou audiência de recursos, sendo a tarefa de fiscalizar a mais objetivada nestas visitas.

Mas mesmo os ocupantes desses cargos não tinham apenas funções que hoje denominaríamos como sendo atributos da justiça:

> "Não nos deixemos por isso iludir, entre outros casos, com a designação que trazem os cargos administrativos da colônia, e que se empregam hoje numa acepção diferente e mais restrita. Particularmente a de 'juiz'. O juiz colonial – seja o de *fora*, o *ordinário*, o *almotacé* ou o *vintenário* ou de *vintena* – tem não só as funções de nossos juízes modernos, julgando, dando sentença, resolvendo litígios entre as partes desavindas; mas também os dos nossos simples agentes administrativos: executam medidas de administração, providenciam a realização de disposições legais... E isto sem distinguir absolutamente, na prática, a duplicidade (duplicidade para nós), das funções que estão exercendo."[504]

Mesmo diante dessa sobreposição de poderes (sob a nossa visão atual) podemos indicar, através do estudo de Jônatas L. M. de Paula uma visão panorâmica da estrutura judiciária do Brasil colônia, principalmente depois da Ordenação Filipina:

√ Ouvidor – além das funções administrativas cabia-lhe conhecer e julgar: por ação nova ou por avocação a seu juízo, os processos cíveis e criminais em que fossem partes interessadas juízes alcaides, procuradores, tabeliães, fidalgos, abades, priores ou pessoas gradas; suspeições de juízes e as causas em que este se desse por impedido; as causas da competência dos juízes de fora, das cidades e vilas situadas a duas léguas ou menos da sede da comarca; agravos dos juízes ordinários e de fora e as apelações dos juízes ordinários nas causas que não excedessem sua alçada.

504 *Ibidem*, p. 322 e ss.

- √ Juiz Ordinário ou da Terra – eleito entre os homens bons (homens considerados de "maior valor") tinha como função: processar e julgar processos cíveis e criminais; onde não houvesse juiz de órfão deveria exercer também as atribuições deste; processar e julgar, sem recurso, juntamente com os vereadores as injúrias verbais ou, singularmente mas com recurso quando o caso tratasse de fidalgo ou cavaleiro; julgar as apelações e agravos das decisões dos almotacéis.
- √ Juiz de Vintena – eleito anualmente pela câmara de vereadores na base de um juiz para cada 20 habitantes, distante uma légua pelo menos da sede, cabia-lhe: julgar em processo verbal, sem apelação nem agravo as questões de pequena monta, excluindo-se as relativas a bens imóveis e infrações a posturas municipais.
- √ Almotacéis – em número de dois para cada município competia-lhes: questões sobre servidões urbanas e nunciações de obras novas.
- √ Juiz de Fora – era nomeado pelo poder central e substituía o juiz ordinário nas causas cíveis cujo valor não ultrapassasse mil réis nos bens móveis e nas localidade de até 200 casas, bem como tinha a competência para causas de bens móveis com valor de até 600 réis e bens imóveis até 400 réis.
- √ Juiz de Órfãos – eleitos ou nomeados se o município possuísse mais de 400 vizinhos e cabia-lhe processar e julgar inventários, partilhas, causas decorrentes deles ou em que fosse parte deles menores ou incapazes, assim como as causas envolvendo tutela e curatela.

Para o segundo e terceiro graus de jurisdição, o órgão máximo era a Casa de Suplicação, com sede em Lisboa. Outros eram o Desembargo do Paço, a Casa do Porto, a Mesa de Consciência e Ordens, o Conselho Ultramarino, a Junta de Comércio, o Conselho do Almirantado, o Tribunal da Junta dos Três Estados, o Régio Tribunal ou Fazenda e o Tribunal do Santo Ofício.[505]

505 PAULA, J. L. M. *Op. cit.*, p. 216s.

5. O Direito sob o Domínio Holandês no Nordeste Brasileiro

Os Países Baixos, nome que se dava aos países que hoje chamamos de Bélgica e Holanda, eram, no século XVI uma possessão espanhola, próspera economicamente e de religião calvinista. Também por esse mesmo período, mais objetivamente entre 1580 e 1640, Portugal também estava sob o domínio espanhol, sob o comando do rei Felipe II.[506]

Felipe II era um rei católico, que defendia a Inquisição e mantinha uma política externa extremamente belicosa e, por conseguinte, muito dispendiosa. Unindo a questão da incompatibilidade religiosa e a necessidade sempre crescente de afluxo de dinheiro, o rei Felipe adotou uma postura extorsiva no tocante aos impostos cobrados dos flamengos que se rebelaram e fundaram um novo país na Europa, a "República das Províncias Unidas". Esse país já nascia como a maior potência comercial do mundo, possuindo uma frota de navios mercantes maior que a soma dos navios de todos os outros países.

Os flamengos eram os distribuidores dos produtos coloniais na Europa e financiadores de empresas nas colônias. Esse último caso aplica-se à empresa açucareira do nordeste brasileiro porque o açúcar produzido no Brasil era refinado e distribuído pela Holanda. Para se ter uma ideia, os lucros advindos somente da refinação alcançavam a terça parte do valor bruto do produto.

O nascimento da República das Províncias Unidas não ocorreu de forma pacífica. Durante toda a segunda metade do século XVI, eles lutaram contra Felipe II pela independência. Essa luta, que Felipe II chamava de rebelião, gerou a proibição tácita do rei da Espanha e de Portugal, dos holandeses comercializarem com quaisquer de suas possessões, incluindo-se a região do açúcar no Brasil.

Assim os holandeses partiram para a conquista das regiões produtoras dos produtos que distribuíam conquistando a Ilha Maurícia em 1598, as Molucas em 1609, pontos da África Ocidental em 1612, o Senegal em 1617, a Indonésia em 1619, o Cabo Verde e a Costa do Ouro em 1624. Neste mesmo ano eles invadiram a Bahia mas, em menos de

506 Conferir capítulo de Portugal acerca da Ordenação Filipina.

um ano, foram expulsos por tropas especialmente enviadas da Península Ibérica para esse fim.

O fracasso da primeira tentativa de invasão ao território brasileiro não desanimou a Companhia das Índias Ocidentais, órgão holandês que detinha um monopólio – dado pelo governo da República das Províncias Unidas – do comércio da África e da América. Eles tentaram novamente, só que não mais na Bahia, mas em Pernambuco, e o fizeram com preparo e força formidáveis.[507]

Com a conquista de quatro importantes capitanias pelos holandeses, a de Pernambuco, Itamaracá, Paraíba e Rio Grande do Norte iniciou-se o período conhecido como "Brasil Holandês". A Espanha envolvida na Guerra dos Trinta Anos com a França não mais poderia ameaçar, ao proprietários na colônia restava resistir inutilmente contra os holandeses ou acomodar-se a eles. Esta última foi a opção escolhida até o momento em que os portugueses retomaram a soberania de seu país, e os holandeses aqui resolveram ser de fato os dominadores exigindo pagamentos que antes eram relevados.

Os holandeses no nordeste brasileiro adaptaram a estrutura jurídico-administrativa seguindo o modelo das instituições políticas holandesas. Foram instalados os Conselhos de Escabinos em substituição às Câmaras Municipais, estes Conselhos eram presididos pelo *escolteto*, sempre um holandês que acumulava várias funções, principalmente as de polícia e o chamaríamos hoje de "promotoria pública".

A legislação da Holanda desse período, bem como a legislação que os holandeses impuseram na região brasileira que dominaram, é pouco conhecida, por isso, ao menos no tocante às leis penais, seguiremos de perto as indicações de José Henrique Pierangeli.[508]

Havia a pena de morte para alguns delitos, principalmente relacionados com qualquer possibilidade de insurreição contra os holandeses, entre esses delitos podemos citar:

> "1 – Agasalhar ou tratar com algum soldado que viesse acorrer à campanha ou a outra qualquer pessoa que da Bahia viesse; 2 – Não declarar aos holandeses as pessoas que haviam recebido

---

507 67 navios, 7 mil homens, 1.170 canhões. MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 170.

508 PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 62-64.

> cartas da Bahia ou tinham tratado com soldados e pessoas referidas no texto anterior; 3 – Ser ousado e ter em sua casa alguma arma ofensiva de qualquer qualidade ou condição; 4 – Não atender à ordem de expulsão ou não regressar a outras localidades para as quais houvessem sido convocados pelos poderes da Nova Holanda; 5 – Sublevação; 6 – Reunir-se e agir em grupo para roubar ou matar."[509]

A pena de morte era executada de várias maneiras como enforcamento, morte pela espada, pela fogueira, entrega aos índios, esquartejamento (com o condenado ainda vivo). Essas execuções poderiam de fato ser muitíssimo cruéis:

> "As execuções muitas vezes eram realizadas mediante requintes de barbárie. Nega-se ao condenado o direito de confessar, cortava-se suas mãos antes do enforcamento. Ainda como sinal de barbárie, muitas vezes expunham na forca os corpos de pessoas que haviam morrido antes da pena ser executada, ou mesmo antes de haverem pago as próprias dívidas."(sic)[510]

Outras penas, um pouco menos severas, eram aplicadas para extorsão, jogos de azar, incesto e adultério. Para este último, a mulher que fosse pega com outro que não o marido seria colocada no pelourinho e chicoteada publicamente.

Eram considerados delitos também não plantar o número de covas de mandioca ordenado por lei (pena: ser considerado inimigo do Estado e multa), vender carne ou matar gado sem licença (pena: açoites), casar-se ou amigar-se com índios (pena: deportação), realização por padre católico de casamento sem a observância das determinações do governo holandês (pena: deportação), escarnecer o judeu, cristão de outra denominação ou blasfemar (pena: multa, prisão e por vezes mutilação da língua).

509 *Ibidem*, p. 63.
510 *Ibidem*, p. 64.

6. A Legislação Específica da Região das Minas

A descoberta do ouro no Brasil não ocorreu, ao menos de todo, por acaso. Há muito os colonos, principalmente os de São Paulo, organizavam Bandeiras com o objetivo principal de capturar índios para vender como escravos e, secundariamente, procurar metais preciosos. Mas essas bandeiras estavam em declínio.

Ao mesmo tempo, o século XVIII significou para Portugal o início da dependência para com a Inglaterra e o aumento da crise econômica com a perda de grande parte de seu império ultramarino e a queda dos preços do açúcar por causa da concorrência. Os preços na Europa estavam elevados, as minas na América espanhola se esgotavam ou reduziam sua produção. Encontrar metais preciosos seria a única maneira de "salvar" Portugal ou, pelo menos, assim a Coroa Portuguesa imaginava.

Só no final do século encontraram jazidas importantes e provocaram uma grande mudança na colônia e na metrópole. O aumento populacional na região das minas esvaziava outros pontos da colônia e outros tantos da metrópole, a ponto de Portugal ter que tomar medidas restritivas à emigração de portugueses. O grande afluxo de pessoas gerava uma falência permanente no setor de produção de alimentos e, como Portugal não conseguiria ter alimentos suficientes para si e para a região mineradora da colônia, fazia "vistas grossas" à afronta ao Pacto Colonial que possibilitava o comércio interno na colônia.[511]

À medida que as jazidas foram sendo encontradas em maior número e a produção aurífera aumentava o governo metropolitano interessava-se, cada vez mais, em controlar essa atividade. Por isso há toda uma legislação específica para esse setor no período, dentre outros podemos citar o Código Mineiro de 1603 e 1618 e o Regimento de 1702.

O Código Mineiro estabelecia que todos os súditos do rei podiam extrair livremente o ouro, desde que reservassem para a Real Fazenda a quinta parte do produto. Autorizava a criação de Casas de Fundição para onde deveria ser levado todo metal extraído para ser fundido em barras, depois de deduzida a parte do imposto.[512] Demarcava as terras

511 Esse mercado interno criado no Brasil por causa dessas dificuldades é uma das explicações mais indicadas para o fato do país não ter se fragmentado, como ocorreu na América Espanhola. Lá não poderia e não houve, na mesma intensidade que no Brasil, um comércio interno.

512 O processo das Casas de Fundição era o seguinte: todo ouro extraído em pó ou pepita era levado para esses locais para se tornarem barras (após a dedução do quinto) com o selo real. Somente assim poderiam, de forma lícita, circular pela colônia e para fora dela.

chamadas "minerais". Criava o cargo de provedor específico para a região aurífera, ele seria o responsável pela fiscalização das jazidas e a cobrança do quinto (o regimento de 1618 ampliou os poderes deste provedor no tocante à cobrança de impostos).

O Regimento de 1702 é considerado o regimento mais importante porque alterou substancialmente os códigos anteriores e traçou as linhas básicas do sistema que persistiu até o fim do período colonial. Foi, por esse documento, que a metrópole criou na região das Minas uma administração subordinada diretamente à Coroa portuguesa e completamente desligada do Governo-Geral da colônia.[513]

O regimento criou, então, um governo especial para as zonas auríferas: a Intendência das Minas que estava vinculada somente a Lisboa. As atribuições dessa Intendência eram amplas: policiamento da mineração; fiscalização e direção das explorações; cobrança de impostos e, juridicamente, funcionava como o tribunal de primeira e última instância nas questões relativas às suas atribuições.

Outra modificação efetuada pelo Regimento foi a substituição do Provedor, criado pelo Código Mineiro, por um Superintendente, com atribuições jurídicas mais extensas. Ele seria um homem conhecedor da legislação para defender os interesses da Metrópole, ou seja, ele não precisava conhecer rigorosamente nada de mineração, ele só precisava ser eficiente no sistema de cobrança do quinto.

O sistema de arrecadação de impostos era o que mais importava para a metrópole, assim, a Coroa sempre buscava meios de aperfeiçoar-se com o objetivo de não perder, de maneira alguma, os lucros advindos com a mineração, não importando o quão oneroso poderia ser para a população.

Como o ouro em pó, não-quintado, portanto que não havia pagado imposto, circulava ainda que ilegalmente pela colônia, Portugal resolveu tomar medidas de policiamento. Em 1700 foram nomeados por decreto régio Provedores e Escrivães que seriam responsáveis pela fiscalização do pagamento dos quintos e, para tentar evitar a circulação de ouro "ilegal", foram criados centros de inspeção policiados colocados nas saídas das regiões mineiras, estes eram Chamados Registros.

Um Regimento de 1702 reforçava essas medidas além de estabelecer que o pagamento dos quintos também poderia ser feito nos

513 WISSENBACH, Maria Cristina Cortez. Regras e práticas da extração mineral. In: MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 238.

próprios Registros durante transações comerciais. Esse sistema de arrecadação perdurou até 1710 quando houve uma tentativa de se cobrar o imposto sobre o número de escravos em exercício efetivo nas minas, essa forma de arrecadação durou muito pouco, várias foram as revoltas que proporcionou.

Em 1713, a Junta da Fazenda de Vila Rica propôs que se substituísse o quinto por uma quantia anual fixa, era o chamado sistema de fintas, mas a Coroa, em 1735 criou um sistema mais eficiente e mais cruel ainda do ponto de vista dos colonos: a "Taxa de Capitação dos Escravos e o Censo das Indústrias" que reunia a ideia do sistema de 1710 – cobrança *per capita* de escravos utilizados – incluindo escravos não utilizados na mineração e cobrando de pessoas livres que mineiravam e todos da região das minas da mesma maneira.

Em 1751, a Coroa voltou atrás novamente abolindo o sistema de 1735 fazendo implantar o sistema de quotas anuais, entretanto, haveria um mínimo a ser pago, muito alto e portanto muito difícil de cumprir, o que levaria à Derrama que existia há muito e pode ser definida como:

> "Imposto cobrado pela coroa portuguesa às capitanias do Brasil e arrecadado entre os seus habitantes. No século XVIII, a capitania de Minas Gerais deveria pagar anualmente o imposto do quinto do ouro extraído, num total de cem arrobas, o mais importante dos tributos recolhidos pela monarquia portuguesa. Com a progressiva decadência na arrecadação, cada habitante teria que entrar com uma cota para completar o total exigido. Essa cobrança, em arrobas de ouro, extorsiva e excessiva, é o que se chama derrama, determinada com freqüência quando a arrecadação normal do quinto não dava para cobrir o montante do imposto. A derrama, em 1789, na capitania de Minas Gerais, tem sido mencionada como origem da chamada Conjuração Mineira."[514]

514 AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 129.

CAPÍTULO XIV
BRASIL REINO

1. Introdução

Quando o século XIX inaugurou-se na Europa, o velho continente estava abarrotado de problemas e conflitos. Napoleão tomava tantos territórios quanto a alta burguesia francesa que o apoiava desejasse para atingir seus objetivos. Estes eram bastante simples, como a produção francesa era fraca em comparação com a inglesa, a única maneira de obter e manter mercados era através do domínio político e/ou territorial.

Desde 1805, quando a esquadra inglesa derrotou as forças navais franco-espanholas em Trafalgar, além de se reforçar a ideia de que a Inglaterra por mar era imbatível, esta utilizou sua superioridade marítima e impôs o "Bloqueio Marítimo da França", atingindo também todos os aliados de Napoleão. Baseados na dominância política do continente, garantida pela força bélica napoleônica, os burgueses franceses, embora mais frágeis que os ingleses responderam a esse bloqueio naval com o "Bloqueio Continental" que, estabelecido pelo Decreto de Berlim em 1806 e de Milão em 1807, impunha um bloqueio comercial à Inglaterra.[515]

Esse bloqueio tinha dois objetivos básicos: o primeiro era, conforme já indicado, limitar ou impedir a concorrência forte dos produtos ingleses – que eram mais baratos que quaisquer produtos do mundo, visto que a Inglaterra já estava em plena Revolução Industrial, produzindo mais, em menos tempo, portanto mais barato. A segunda era o enfraquecimento da economia inglesa o que, em médio prazo, poderia dar à França mais chances de derrotar a Inglaterra.

Desde o Tratado de Amiens, em 1802, Portugal conseguiu manter, ao menos por algum tempo, a neutralidade no conflito anglo-francês. Mas a relatividade da dita "neutralidade" portuguesa era tanta quanto era a dependência real de Portugal para com a Inglaterra.

---

515 ALBUQUERQUE, Manuel Mauricio de. **Pequena história da formação social brasileira.** 4. ed. Rio de janeiro: Graal, 1986, p. 251.

Portugal, mesmo no século XIX, mantinha o mesmo perfil socioeconômico que havia sido sua glória no século XVI: um Estado baseado em uma aristocracia parasitária, com estamentos quase feudais, sem muita ou nenhuma noção de proteção da nação, que colocava seus próprios interesses e seu conforto acima de qualquer coisa, inclusive e, principalmente, de seu país.

A economia portuguesa era extremamente dependente das colônias, não somente como mercados consumidores de produtos que não entrariam em qualquer mercado que não fosse obrigado pelo pacto colonial a comprar, como também dependiam das colônias até para suprir a limitação da produção interna de víveres.

A Inglaterra, desde o fim da União Ibérica (século XVII, portanto), trouxe Portugal, sua fragilidade e suas interessantes colônias para sua órbita, o que gerou uma dependência econômica crescente, subordinando lusitanos a ingleses. O marco maior dessa subordinação econômica foi o Tratado de Methuen de 1703, que deu a mercadorias britânicas privilégios de circulação em Portugal, mesmo em detrimento de um possível desenvolvimento de uma indústria portuguesa. Esses laços de dependência fortaleceram-se ainda mais no decorrer do século XVIII por causa da crise da produção aurífera no Brasil Colônia e a Revolução Industrial na Inglaterra.

Nessa conjuntura, a neutralidade portuguesa diante da rivalidade anglo-napoleônica era impossível. Em 1807, já estando assegurada a aliança com a Espanha, o governo francês enviou uma nota a Lisboa em que exigia que ingleses fossem expulsos de Portugal e seus bens fossem confiscados. Havia, no governo português, quem visse nesse *ultimatum* um excelente caminho para minimizar a dependência com a Inglaterra, mas havia outros que advogavam a causa de Londres, principalmente pela pressão do embaixador inglês em Portugal.

Em 22 de outubro de 1807, pressionado pela dependência econômica, o governo português assinou a "Convenção Secreta de Londres" que impôs, entre outras coisas, a transferência da Monarquia Portuguesa para o Brasil, a ampliação das forças navais inglesas com unidades portuguesas, bases militares em colônias de Portugal, um porto livre em Santa Catarina no Brasil (com vistas ao mercado da América Espanhola pela dominação do Rio da Prata).[516]

516 *Ibidem*, p. 253.

Embora Portugal tentasse também negociar paralelamente com a França, a assinatura do "Tratado de Fontainebleau", em 27 de outubro de 1807, encerrou qualquer possibilidade, visto que, através deste, França e Espanha dividiam o território português e seus domínios entre si. A única possibilidade de sobrevivência da monarquia portuguesa parecia estar nas mãos da Inglaterra, e isso passaria necessariamente pela transferência da Corte para o Brasil.

A ideia de transferir a Corte para o Brasil não era nova, nem pertencia à Inglaterra, pois, desde a crise dinástica, que resultou na União Ibérica, havia a ideia da transmigração para o Brasil. O próprio fundador da dinastia Bragança, D. João IV, tinha a ideia de usar o Brasil como refúgio, caso fracassassem seus planos de restaurar o trono português.

2. A Corte Portuguesa no Brasil e a Subordinação à Inglaterra

2.1. A Chegada da Corte e a Abertura dos Portos

À época da transferência da Corte para o Brasil era Regente D. João, que seria, após a morte de sua mãe, chamado D. João VI. Sua posição de regente devia-se ao fato de que seu irmão mais velho, D. José, havia morrido, e a rainha apresentava sinais de insanidade mental.

Inaugurou-se um novo momento na história do Brasil, dizem alguns que o Brasil de D. João foi a "antessala" do Brasil independente. Sem dúvida, só o fato de D. João transferir-se para essa colônia, e Portugal se encontrar sob domínio estrangeiro, impossibilitava a manutenção do Pacto Colonial, sendo, portanto, impossível manter-se o *status* colonial que o território carregava até então.

Para que seja efetiva a condição de colônia, ao menos até o início do século XIX, era necessário manter o Pacto Colonial que se baseava na exclusividade da Metrópole, a colônia somente poderia comercializar – em compra e venda – para sua metrópole. Assim:

> "O sistema de colonização que a política econômica mercantilista visa desenvolver tem em mira os mesmos fins mais gerais do mercantilismo e a eles se subordina. Por isso, a primeira preocupação dos Estados Colonizadores será de resguar-

> dar a área de seu império colonial face às demais potências; a administração se fará a partir da metrópole, e a preocupação fiscal dominará todo o mecanismo administrativo. Mas a medula do sistema, seu elemento definidor, reside no monopólio do comércio colonial. Em torno da preservação desse privilégio, assumido inteiramente pelo Estado, ou reservado à classe mercantil da metrópole ou parte dela, é que gira toda a política do sistema colonial. E aqui reaparece o caráter de exploração mercantil, que a colonização incorporou da expansão comercial, da qual foi um desdobramento."[517]

Qualquer que fosse a intenção do Príncipe Regente ao chegar ao Brasil, com certeza não era de libertar o Brasil, mas só não havia como manter o regime colonial, a Metrópole não mais existia – porque estava invadida – e o governo metropolitano estava dentro da colônia.

Assim sendo, a primeira providência do regente ao chegar deveria ser liberar o comércio do Brasil para outros lugares que não a metrópole que por ora era inexistente, caso contrário toda a economia brasileira estaria paralisada. E, dessa forma, foi feito com o documento que hoje é chamado Abertura dos Portos às Nações Amigas.[518]

Já no início do documento, D. João faz referência ao problema de paralisação do comércio que foi destacado no parágrafo anterior e, continua, indicando a solução: a liberação do comércio do Brasil que, a partir desse momento e até por causa dele, não mais poderia ser chamado de colônia (embora não houvesse preocupação imediata de indicá-lo de outra forma).

O documento conta ainda com a indicação de um imposto geral sobre produtos importados, de 24% sobre o seu valor. Esta foi uma das formas que o governo português, no Brasil, encontrou de conseguir

517 NOVAIS, Fernando A. O Brasil nos quadros do Antigo Sistema Colonial. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Brasil em perspectiva**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, p. 51.

518 Alguns preferem sempre acrescentar a esse título o subtítulo "leia-se Inglaterra", mas afinal quem mais seria? As outras nações ou estavam sob o domínio da França ou não tinham condições de comercializar com o Brasil como poderia e o fez a Inglaterra. É claro que a Abertura dos Portos significou, naquele momento, a sobrevivência da indústria inglesa que, desde 1806, via seus estoques acumularem-se e seus prejuízos avolumarem-se.

recursos. Há que se salientar que esse diploma legal indica que a abertura para outros países seria provisória:

> "Conde da Ponte, do meu Conselho, governador e capitão-general da Capitania da Bahia, amigo. Eu, o príncipe-regente, vos envio muito saudar, como àquele que amo.
> Atendendo à representação que fizestes subir à minha real presença, sobre se achar interrompido e suspenso o comércio desta capitania, com grave prejuízo dos meus vassalos e da minha real fazenda, em razão das críticas e públicas circunstâncias da Europa; e querendo dar sobre este importante objeto alguma providência pronta e capaz de melhorar o progresso de tais danos: Sou servido ordenar interina e provisoriamente, enquanto não consolido um sistema geral, que efetivamente regule semelhantes matérias, o seguinte:
> *Primo*: Que sejam admissíveis nas alfândegas do Brasil todos e quaisquer gêneros, fazendas e mercadorias, transportadas ou em navios estrangeiros das potências que se conservam em paz e harmonia com a minha real coroa, ou em navios dos meus vassalos, pagando por entrada vinte e quatro por cento; a saber, vinte de direitos grossos, e quatro do donativo já estabelecido, regulando-se a cobrança destes direitos pelas pautas ou aforamentos, por que até o presente se regulam cada uma das ditas alfândegas, ficando os vinhos, águas ardentes e azeites doces, que se denominam molhados, pagando o dobro dos direitos que até agora nelas satisfaziam.
> *Secundo*: Que não só os meus vassalos, mas também os sobreditos estrangeiros, possam exportar para os portos que bem lhes parecer, a benefício do comércio e agricultura, que tanto desejo promover, todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, à exceção do pau-brasil ou outros notoriamente estancados, pagando por saída os mesmos direitos já estabelecidos nas respectivas capitanias, ficando entretanto como

> em suspenso e sem vigor todas as leis, cartas-régias ou outras ordens, que até aqui proibiam neste Estado do Brasil o recíproco comércio e navegação entre os meus vassalos e estrangeiros. O que tudo assim fareis executar com o zelo e atividade que de vós espero.
> Escrita na Bahia, aos 28 de janeiro de 1808. Príncipe."

Para além do significado de fim da era Colonial, esse documento resultou em um grande desenvolvimento do comércio interno e externo brasileiro, a tal ponto das cidades se desenvolverem e a balança comercial brasileira com Portugal que antes era deficitária (e devia sê-lo dentro do pacto colonial) tornar-se extremamente favorável ao Brasil.

2.2. A Liberação de Manufaturas

O Brasil desde 1785 estava proibido de manufaturas, isso se devia ao fato de que a produção no Brasil de produtos manufaturados, embora pequena demais, poderia vir a gerar uma concorrência, não aos produtos portugueses – visto que a "indústria" portuguesa era incipiente e totalmente contida pela concorrência com produtos britânicos – mas poderia gerar prejuízo aos comerciantes portugueses que monopolizavam o comércio para o Brasil de produtos comprados em outros países. O Alvará de 5 de janeiro de 1785 afirmava:

> "Eu a rainha faço saber aos que este alvará virem:
> Que sendo-me presente o grande número de fábricas e manufaturas que de alguns anos por esta parte se têm difundido em diferentes capitanias do Brasil, com grave prejuízo da cultura, e da lavoura, e da exploração de terras minerais daquele vasto continente; porque havendo nele uma grande, e conhecida, falta de população, é evidente que, quanto mais se multiplicar o número dos fabricantes, mais diminuirá o dos cultivadores; e menos braços haverá que se possam empregar no descobrimento, e rompimento de uma grande parte daqueles extensos domínios que ainda se acha inculta, e desconhecida.

Nem as sesmarias, que formam outra considerável parte desses mesmos domínios, poderão prosperar, nem florescer, por falta do benefício da cultura, não obstante ser esta a essencialíssima condição com que foram dadas aos proprietários delas. E até nas terras minerais ficará cessando de todo, como já tem consideravelmente diminuído, a extração de ouro, e diamantes, tudo procedido da falta de braços, que devendo-se empregar nestes úteis e vantajosos trabalhos, ao contrário os deixam, e abandonam, ocupando-se de outros totalmente diferentes, como são as referidas fábricas e manufaturas. E consistindo a verdadeira e sólida riqueza nos frutos e produções da terra, os quais somente se conseguem por meio de colonos e cultivadores, e não de artistas e fabricantes. E sendo além disso as produções do Brasil as que fazem todo fundo e base, não só das permutações mercantis, mas da navegação e comércio entre meus leais vassalos habitantes destes reinos, e daqueles domínios, que devo animar, sustentar em benefício comum de uns e outros, removendo na sua origem os obstáculos que lhes são prejudiciais e nocivos. Em consideração de todo o referido, hei por bem ordenar que todas as fábricas, manufaturas ou teares de galões, de tecidos, de bordados de ouro e prata, de veludos, brilhantes, cetins, tafetás, ou qualquer outra espécie de seda; de belbuts, chitas, bombazinas, fustões, ou de qualquer outra fazenda de linho, branca ou de cores; e de panos, droguetes, baetas, ou de qualquer outra espécie de tecido de lã; ou que os ditos tecidos sejam fabricados de um só dos referidos gêneros ou misturados, e tecidos uns com os outros; excetuando-se tão-somente aqueles ditos teares ou manufaturas em que se tecem, ou manufaturam, fazendas grossas de algodão, que servem para o uso e vestuário de negros, para enfardar, para empacotar, e para outros ministérios semelhantes; todas as mais sejam extintas e abolidas por qualquer parte em

> que se acharem em meus domínios do Brasil, debaixo de pena de perdimento, em tresdobro, do valor de cada uma das ditas manufaturas, ou teares, e das fazendas que nelas houver e que se acharem existentes dois meses depois da publicação deste; repartindo-se a dita condenação metade a favor do denunciante, se houver, e outra metade pelos oficiais que fizerem a diligência; e não havendo denunciante, tudo pertencerá aos mesmos oficiais [...]"

Com a transferência da Corte, novas necessidades e uma nova mentalidade estavam presentes. O Brasil era, a partir de então, o centro político administrativo do Império Português. Dessa forma, D. João revogou o Alvará de 1785, a partir de outro alvará, o Alvará de 1º de abril de 1808:

> "Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente Alvará virem: Que desejando promover, e adiantar a riqueza nacional, e sendo um dos mananciais dela as Manufaturas, e a Indústria, que multiplicam, e melhoram, e dão mais valor aos Gêneros, e Produtos da Agricultura, e das Artes, e aumentam a população dando que fazer a muitos braços, e fornecendo meios de subsistência a muitos dos Meus Vassalos, que por falta deles se entregariam aos vícios da ociosidade: E convindo remover todos os obstáculos, que podem inutilizar e frustrar tão vantajosos proveitos: Sou Servido abolir, revogar toda e qualquer proibição que haja a este respeito no Estado do Brasil, e nos meus domínios Ultramarinos, e Ordenar, que daqui em diante seja lícito a qualquer dos Meus Vassalos, qualquer que seja o País em que habitem, estabelecer todo o gênero de Manufaturas, sem excetuar alguma, fazendo seus trabalhos em pequeno, ou em grande, como entenderem, que mais lhes convém, para o que Hei por bem derrogar o Alvará de cinco de janeiro de mil setecentos oitenta e cinco, e quaisquer Leis ou Ordens que o contrário decidam, como se

> delas fizesse expressa, e individual menção, sem embargo da Lei em contrário."

Embora possa parecer, à primeira vista, que com uma liberdade como esta a industrialização no Brasil tenha começado, nada poderia estar mais longe da verdade. Essa simples decisão jurídica, representada por esse alvará, não surtiu efeitos consideráveis no que diz respeito à economia brasileira. Apesar disso, podemos encontrar, aqui e ali, um pequeno desenvolvimento nos setores têxtil e metalúrgico. Neste último, o interesse da administração auxilia no incremento desse tipo de indústria, visto que são trazidos para o Brasil técnicos alemães especialistas no assunto.

Mas havia barreiras intransponíveis a um desenvolvimento industrial de fato no Brasil. Por um lado, o escravismo era um enorme obstáculo não somente do ponto de vista do consumo, tendo em vista que escravo não é, *a priori*, consumidor, mas também porque grande parte do capital existente concentrava-se na manutenção do sistema agrícola baseado no latifúndio e no escravismo.

Por outro lado, ainda que houvesse capital, ainda que fosse aumentado o mercado consumidor, nada poderia transpor a maior barreira: a concorrência dos produtos ingleses. Como concorrer com uma nação que, além de produzir mais, em menos tempo, mais barato, ainda tinha portos abertos no Brasil? Se nem a França havia conseguido a não ser através de domínio territorial que proibia produtos ingleses, como o Brasil seria páreo? A conclusão era um tanto óbvia: melhor nem tentar.

2.3. A Reorganização do Estado Português no Brasil e a Entrega do Mercado Brasileiro

A partir de 11 de março de 1808, iniciou-se a montagem do Estado português no Brasil. Transplantaram-se todos os órgãos do Estado português: os ministérios do Reino, da Guerra e Estrangeiros, da Marinha e Ultramar, o Real Erário (que em 1821 passou a ser chamado de Ministério da Fazenda). Outros órgãos administrativos e da justiça foram também recriados: Conselho de Estado, Desembargo do Paço, Mesa da Consciência e Ordens, Conselho Supremo Militar.

Essa "remontagem" do Estado português, entretanto, fez-se à revelia da Colônia, sobrepondo-se a ela de maneira impositiva, quase não incorporando os próprios colonos, visto que havia a preocupação

de absorver toda a nobreza parasitária, que contava com milhares de pessoas e havia fugido junto com o Regente.

Era um governo totalmente fora da realidade social do país. O modelo transposto para o Brasil era baseado no espírito tradicional do Antigo Regime, que se baseava no monopólio dos postos-chave do Estado, alijando quase completamente os senhores rurais de qualquer forma de influência nas decisões.

As entidades e repartições públicas se multiplicavam e mantinham-se distantes das necessidades sociais. O velho hábito português imigrou junto com a Família Real e os milhares de parasitas que a acompanharam: muito luxo na Corte, muita atenção na arrecadação, muito déficit na manutenção do Estado. Somente uma coisa mudou, embora o ônus do crescimento de impostos tenha recaído sobre os brasileiros, pelo menos não era preciso levá-los para além-mar, a viagem dos impostos era menor.

Com o objetivo de melhor arrecadar e visando ter uma instituição que pudesse servir como tesouro real, inclusive emitindo moeda para cobrir gastos crescentes é que foi criado em 12 de outubro de 1808 o Banco do Brasil através de alvará:

> "Eu o Principe Regente faço saber aos que este meu Alvará com força de lei virem, que, attendendo a não permitirem as *actuaes* circunstâncias do Estado que o meu Real Erario possa realisar os fundos de que depende a manutenção da *Monarchia* e o bem comum dos meus fiéis vassalios, sem as delongas que as *differentes* partes, em que se acham, fazem necessárias para a sua *effectiva* entrada; e que os bilhetes dos direitos das Alfandegas tendo certos prazos nos seus pagamentos, ainda que sejam de um crédito estabelecido, não são proprios para o pagamento de soldos, ordenados, juros e pensões que constituem os alimentos do corpo politico do Estado, os *quaes* devem ser pagos nos seus vencimentos em moeda corrente: e aos obstaculos que a falta de *gyro* dos signos representativos dos valores *poem* ao *commercio*, devem quanto antes ser removidos, animando e promovendo as transaçoes mercantis dos negociantes desta e das mais praças dos meus dominios e senhorios com

as estrangeiras; sou servido ordenar que nesta Capital se estabeleça um Banco Publico que, na fôrma dos Estatutos que com esta baixam, assignados por D. Fernando José de Portugal, do meu Conselho de Estado, Ministro Assistente ao Despacho do Gabinete, Presidente do Real Erario e Secretario de Estado dos Negocios do Brasil, ponha em acção os computes estagnados assim em generos comerciais, como em especies cunhadas; promova a industria nacional pelo *gyro* e combinação dos capitães isolados, e facilite juntamente os meios e os recursos, de que as minhas rendas reaes e as publicas necessitarem para ocorrer às despezas do Estado.

E querendo auxiliar um estabelecimento tão util e necessário ao bem commum e particular dos Povos que o *Omnipotente* confiou do meu zelo e paternal cuidado: determino que os saques dos fundos do meu Real Erario e as vendas dos generos privativos dos contractos e administrações da minha Real Fazenda, como são os diamantes, pão Brazil, o marfim e a urzelia, se façam pela intervenção do referido Banco Nacional, vencendo sobre o seu liquido produto a comissão de dous por cento, além do premio do rebate dos *escriptos* da Alfandega, que, em virtude do meu Real Decreto de 5 de Setembro do corrente armo, fui servido mandar praticar pelo Erario Régio, para ocorrer ao effectivo pagamento das despezas de trato sucessivo da minha Corôa que devem ser feitas em especies metallicas.

E *attendendo* à utilidade que provém ao Estado e ao commercio do manejo seguro dos cabedaes e fundos do referido Banco, ordeno que logo que elle principar as suas operaçõens, se haja por extincto o Cofre de Deposito que havia nesta Cidade a cargo da Camara *della*; e determino que no sobredito Banco se faça todo e qualquer deposito judicial ou extrajudicial de prata, ouro, joias e dinheiros; e que o competente conhecimento de receita passado pelo Secretário da Junta do Banco e assignado pelo Administrador

da competente caixa, tenha em Juizo e fóra *delle* todo o valor e o credito de *effectivo* e real deposito para se seguirem os termos que por minhas Leis se não devem praticar sem aquela clausula, solemnidade, ou certeza; recebendo o sobredito Banco o mesmo premio que no referido deposito da Cidade se descontava à partes. E outrossim sou servido mandar que os empréstimos a juro da Lei, que pelo cofre de *Orphãos* e administrações das Ordens Terceiras e Irmandades se faziam até agora a pessoas particulares, da publicação deste meu Alvará em diante se façam unicamente ao referido Banco, que deverá pagar à vista nos prazos convencionados os capitães, e nas épocas costumadas os juros competentes, debaixo de hipotheca dos fundos da sua caixa de reserva; distratando desde logo aqueles cofres as sommas que tiverem em mãos particulares ao referido juro, para entrarem immediatamente com elias no sobredito Banco Publico debaixo das mesmas condições.
Em todos os pagamentos que se fizerem à minha Real Fazenda, serão contemplados e recebidos como dinheiro os bilhetes do dito Banco Publico, pagaveis ao portador ou mostrador à vista; e da mesma forma se distribuirão pelo Erario Régio nos pagamentos das despezas do Estado: e ordeno que os Membros da Junta do Banco e os Directores delle sejam contemplados pelos seus serviços com as remunerações estabelecidas para os Ministros e *Officiaes* da minha Real Fazenda, e Administração da Justiça, e gozem de todos os privilégios concedidos aos Deputados da Real junta do *Commercio*."

Embora possa parecer que tal banco tenha sido criado com o objetivo de inaugurar uma instituição creditícia dos setores produtivos da sociedade, com o intuito de desenvolver a mesma sociedade, de fato o Banco do Brasil nasceu para ser um instrumento de finanças do Tesouro Real. O governo pôde, a partir de então, emitir moeda e custear o que fosse necessário para o governo de D. João, mesmo que fosse para cobrir rombos causados pela já instalada corrupção.

Para sustentar uma instituição que era usada como fonte de recursos na categoria de inesgotável, foram criados dois impostos: o que recaía sobre cada negociante, livreiro e boticário, sobre lojas de ouro, prata, estanho e artigos de cobre de 12$800 e a taxa suntuária, cobrada sobre cada carruagem de quatro rodas que atingisse o preço de 12$000 ou 10$000. Navios, lojas de mercadorias etc. também pagavam impostos.

Mas, apesar da distância entre a Corte e a sociedade colonial as transformações administrativas acabaram por dar ao Brasil um centro aglutinador que não existia anteriormente. E, se isso ocorreu no nível político: as atitudes normativas do governo português no Brasil lançariam o centro econômico deste último para bem longe, para a Inglaterra.

Assim vê-se, no período reinol no Brasil, a passagem da herança de dependência econômica de Portugal para o seu território na América, principalmente através do Tratado de Aliança e Amizade de 1810 e o Tratado de Comércio e Navegação do mesmo ano.

Por este último, ficava claro que a dominância inglesa no Brasil poderia suplantar até mesmo o secular controle econômico dos anglos sobre os lusitanos. Mercadorias inglesas pagariam menos impostos para entrar no Brasil mesmo em comparação com produtos portugueses. Nesse sentido os produtos ingleses pagariam 15% *ad valorem*, os portugueses 16% e os produtos que não fossem nem ingleses, nem portugueses pagariam 24% sobre seu valor:

> "Todos os Gêneros, Mercadorias, e Artigos, quaisquer que sejam, da Produção, Manufatura, Indústria, ou Invenção dos Domínios e Vassalos de Sua Majestade Britânica serão admitidos em todos e em cada um dos Portos e Domínios de Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, tanto na Europa, como na América, África, Ásia, quer sejam consignados a Vassalos Britânicos, quer a Portugueses pagando geral e unicamente Direitos de Quinze por cento [...]"[519]

Não se tratava de uma grande novidade, estava implícito, desde o início o "apoio" inglês à vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, que esta deveria ser uma das formas de "pagamento". Mesmo o ministério que D. João montou em terras brasileiras era composto por

519 Tratado de Comércio e Navegação de 19 de fevereiro de 1810. Artigo XV.

homens claramente ligados aos interesses ingleses que defendiam o tratado salientando que este tinha caráter de reciprocidade. Entretanto, não havia como concorrer com os ingleses, portanto, a reciprocidade ficava somente no papel.

Obviamente, a princípio, essa baixa taxação de produtos ingleses fez com que o custo de vida no Brasil ficasse um pouco menos oneroso, entretanto em curto prazo não só, praticamente, entregou o comércio do Brasil aos ingleses, como também trouxe prejuízo ao Brasil no tocante ao comércio com outros países. Era o fim do colonialismo da Idade Moderna e o início do Imperialismo, em que os ingleses foram mestres.

Mas D. João, sobre uma fina fronteira entre interesses ingleses e portugueses, acabou vacilando, todo o tempo de seu reinado no Brasil entre legislar em um sentido liberal para o comércio ou legislar mantendo toda uma estrutura basicamente colonial. Embora possamos afirmar, principalmente depois dos Tratados de 1810 que os ingleses ganharam o Brasil, não podemos deixar de indicar que os portugueses reagiram a isso e D. João teve que estabelecer-se no meio-termo.

Já na Abertura dos Portos é possível ver a ambiguidade, já que se afirma o caráter provisório da medida e excluem-se o pau-brasil e outros gêneros estancados. Posteriormente, principalmente após 1810, vários decretos foram baixados com o intuito de proteger, ou ao menos tentar proteger, o comércio português.

Um decreto de 13 de maio de 1810 dispensou de direitos de entrada nos portos do Brasil mercadorias chinesas, diretamente importadas, que pertencessem a vassalos portugueses. Em 18 de outubro do mesmo ano ficava estabelecido que mercadorias inglesas, importadas por portugueses, pagassem 15% também. O alvará de 13 de julho de 1811 favorecia as manufaturas portuguesas importadas no Brasil e um decreto de 21 de janeiro de 1813 declarava as mercadorias e manufaturas nacionais isentas de direitos de importação.[520]

Entre o liberalismo e o monopolismo mercantilista ficaram as leis de D. João para a economia brasileira. Essa ambiguidade gerou atritos que se refletiram na época da independência do Brasil:

> "Adotar em toda a extensão os princípios do liberalismo econômico significaria destruir as próprias

520 COSTA, Emilia Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Brasil em perspectiva**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, p. 77.

> bases sobre as quais se apoiava a Coroa. Manter intacto o sistema colonial era impossível nas novas condições. Daí as contradições de sua política econômica. Os inúmeros conflitos decorrentes acentuaram e tornaram mais claras, aos olhos dos colonos e dos agentes da metrópole, as divergências de interesses existentes entre eles, provocando reações opostas: os colonos perceberam as vantagens de ampliar cada vez mais a liberdade, enquanto os metropolitanos convenciam-se da necessidade de restringi-las. A oposição entre os dois grupos manifestar-se-ia claramente quando deputados brasileiros e portugueses se defrontaram nas Cortes portuguesas de 1821."[521]

2.4. A Justiça no Período Joanino

A estrutura judiciária também foi transposta para o Brasil, uma modernização poderia gerar brechas de poder que seriam perigosos e desnecessários em um momento tão delicado. Somente Pombal havia tentado uma mudança um pouco mais radical, depois dele nenhuma grande transformação estrutural foi levada a efeito.[522]

A primeira providência tomada foi no sentido de uma Justiça Militar que deveria cuidar, inclusive, de questões relativas às armadas e armadores. Esta foi providenciada através da instalação do Conselho Supremo Militar e de Justiça constituído por dois conselhos relativamente independentes: o militar e o de justiça. Ao Conselho Supremo Militar caberia:

> "[...] todos os Negocios, em que em Lisboa entendião os Conselhos de Guerra, do Almirantado, e do Ultramar na parte Militar sómente, e todos os mais, que Eu Houver por bem encarregar-lhe: e poderá o mesmo Conselho consultar-Me tudo quanto julgar conveniente para melhor Economia, e Disciplina do Meu exército, e Marinha [...]"[523]

---

521 *Ibidem*, p. 79.

522 Conferir o Capítulo referente à Colônia.

523 Regimento do Conselho Supremo Militar e de Justiça, dado no Rio de Janeiro em 01/04/1808.

Já o Conselho de Justiça ficaria responsável pelo conhecimento e decisão dos processos criminais cujos réus tivessem direito a foro militar e também deveria ser submetido ao Conselho de Justiça:

> "[...] todos os Conselhos de Guerra, que se formarem nos Corpos Militares desta Capitanía, e de todas as mais do Brazil, a excepção do Pará, e Maranhão, e dos Dominios Ultramarinos, pela grande distancia e dificuldade da navegação para esta Capital [...] [excepcionalmente reunindo-se] nas quintas feiras, quando para este fim for avisado, e requerido pelo Juiz Relator do mesmo Conselho, para julgar em ultima Instancia da validade das prezas feitas por Embarcações de Guerra da Armada Real, ou por Armadores Portuguezes".[524]

No tocante a tribunais superiores o governo do Regente fundiu os dois principais Tribunais Portugueses, ao invés de um Desembargo do Paço e uma Mesa da Consciência foi instituído a "Meza do Desembargo do Paço, e da Consciência e Ordens", isto sem acabar com os tribunais já existentes em Portugal. O tribunal no Brasil era composto de um presidente e de desembargadores nomeados pelo regente (depois rei) e deputados da *Meza da Consciência* que se reuniriam todas as manhãs de dias úteis.

Não havia nenhuma utilidade em fechar a Casa da Suplicação de Lisboa. Embora esse tribunal tivesse acompanhado, tradicionalmente, a pessoa do monarca, havia já alguns séculos que não era presidido por ele, funcionando, em verdade, sob um regedor. De fato, esse tribunal em Lisboa acabou por se transformar em uma Corte de Justiça profissionalizada, onde se julgava conforme as leis e que não se diferenciava essencialmente – a não ser nas dimensões e na proximidade com a Coroa – das outras Relações do Reino.

Assim, sem levar em conta o seu valor simbólico como expressão da sobrevivência das instituições, fechá-la seria como fechar a Relação do Porto ou a da Bahia. Deixaria uma região da maior importância desprovida do seu tribunal. Mas não se compreendia uma Corte sem uma Casa de Suplicação e a Corte estava no Rio de Janeiro.

524 *Ibidem.*

Mas o Rio de Janeiro já tinha uma Relação e simplesmente implantar uma Casa de Suplicação acabaria por sobrepor funções. Dessa forma, criou-se por alvará em 10 de maio de 1808 a Casa de Suplicação elevando a hierarquia da Relação do Rio de Janeiro e completando seus quadros com magistrados e outros que a nova condição exigia. A composição da Casa é descrita pelo alvará:

> "Eu, o Príncipe Regente, faço saber aos que o presente Alvará com força de lei virem, que tomando em consideração o muito que interessa o estado e o bem comum e particular dos meus leais vassalos em que a administração da Justiça não tenha embaraços, que a retardem e estorvem, e se faça com a prontidão e exatidão que convém, e que afiança a segurança pessoal e dos sagrados direitos de propriedade, que muito desejo manter como a mais segura base da sociedade civil; e exigindo as atuais circunstâncias novas providências, não só por estar interrompida a comunicação com Portugal, e ser por isto impraticável seguirem-se os Agravos Ordinários e Apelações que até aqui se interpunham para a Casa da Suplicação de Lisboa, vindo a ficar os pleitos sem decisão última com manifesto detrimento dos litigantes, e do público, que muito interessam em que não haja incerteza de domínios, e se findem os pleitos quanto antes; como também por me achar residindo nesta cidade que deve por isso ser considerada a minha Corte atual; querendo providenciar de um modo seguro estes inconvenientes e os que podem recrescer para o futuro em benefício do aumento e prosperidade da causa pública, sou servido determinar o seguinte:
> I. A relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça; para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas minhas ordenações,

leis e mais disposições e terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa.
II. Todos os Agravos Ordinários e Apelações do Pará, Maranhão, Ilhas dos Açores e Madeira, e da Relação da Bahia, que se conservará no estado em que se acha, e se considerará como imediata à desta cidade, os quais se interpunham para a Casa da Suplicação de Lisboa serão daqui em diante interpostos para a do Brasil, e nela se decidirão finalmente pela mesma forma que o eram até agora, segundo as determinações das minhas ordenações e mais disposições régias.
III. Todos aqueles pleitos em que houve interposição de Agravos ou Apelações que se não remeteram e todos os que, sendo remetidos, não tiveram ainda final decisão, serão julgados na Casa da Suplicação do Brasil, uns pelos próprios autos e outros pelos traslados, que ficarão, pela maneira com que o seriam, na de Lisboa por juízes da Casa, que o não foram nas primeiras sentenças. E os Embargos, que na execução se tiverem mandado remeter, se decidiram pelos mesmos juízes, que ordenaram a remessa, sem atenção ao despacho que a decretara, a fim de haverem final decisão, como cumpre ao bem público.
IV. A Casa da Suplicação do Brasil se comporá, além do Regedor que eu houver por bem nomear, do Chanceler da Casa, de oito Desembargadores dos Agravos, de um Corregedor do Crime da Corte e Casa, de um Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, de um Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, de um Corregedor do Cível da Corte, de um Juiz da Chancelaria, de um Ouvidor do Crime, de um Promotor da Justiça e de mais seis Extravagantes.
V. Governar-se-ão todos pelo Regimento da Casa da Suplicação, segundo é conteúdo nos Títulos respectivos das Ordenações do Reino, leis, decretos e assentos, guardando-se na ordem e forma do despacho o mesmo que ali se praticava.

E guardar-se-á também quanto está determinado no Regimento de 13 de outubro de 1751 dado para a Relação desta cidade, em tudo que não for revogado por este Alvará, e não for incompatível com a nova ordem de coisas.

VI. Os lugares dos Ministros da Casa não serão mais, como até agora eram os da Relação desta cidade, contemplados de igual graduação, antes haverá a mesma distinção que há na de Lisboa, para serem promovidos aos mais distintos, e graduados, os Ministros que forem de maior graduação os despachos que a tinham e tiverem maior antiguidade, préstimo e serviços.

VII. Atendendo a que nem a multiplicidade dos negócios o exige, nem cumpre aumentar o número dos magistrados, tendo além disso mostrado a experiência fazer-se sem dificuldade e inconvenientes; servirão todos os Ministros de Adjuntos uns dos outros, como for necessário no despacho do Expediente: e entrarão também nas serventias dos lugares vagos, ou impedidos, quando não hajam para isso Extravagantes por ocupados em outras serventias.

VIII. O Chanceler desta Casa sê-lo-á somente; sem que sirva como até agora fazia o da Relação desta Cidade em alguns casos de Chanceler-Mor do Reino, que fui servido criar. Na sua falta e impedimento servirá o Desembargador mais antigo da Casa, a quem se remeterão os selos.

IX. Tendo mostrado a experiência que da decisão de ser cumulativa a jurisdição dos magistrados criminais no conhecimento por devassa dos delitos cometidos nesta cidade, e 15 léguas ao redor, se tem seguido a pronta indagação dos autores deles sem disputas de jurisdição sempre odiosas; hei por bem que o mesmo se continue a praticar, regulando-se pela prevenção, excetuados os casos do § VI do Regimento de 13 de outubro de 1751, que devem ser privativos da jurisdição do Corregedor do Crime da Corte da Casa.

X. O distrito da Casa da Suplicação do Brasil, bem como o termo da Jurisdição dos Ministros dela, será o mesmo que era até agora o da Relação desta cidade na forma dos §§ X e XI do Regimento dela.
XI. Terão de ordenado, o Chanceler um conto e trezentos mil réis; e todos os mais Ministros, que tiverem Ofício na Casa, um conto e cem mil reis; e Procurador da Coroa e Fazenda, além do ordenado, que lhe competir segundo a graduação em que estiver, quinhentos mil reis; os extravagantes novecentos mil reis, que é o mesmo que até agora percebem a título de ordenado e propinas os Desembargadores da Relação desta cidade. E terão outrossim as mesmas assinaturas nos feitos, que até agora levavam, por serem as mesmas, que competem aos Ministros da Casa da Suplicação.
XII. Os Oficiais desta Casa serão os mesmos que até agora serviam na Relação desta cidade; e observarão no cumprimento dos seus ofícios o que lhes é determinado no Regimento de 13 de outubro de 1751, nos títulos XI e XII.
XIII. Não podendo bastar para o expediente das Varas do Crime e do Cível um só Escrivão, que para adiante será ainda de maior concorrência, hei por bem criar mais um Escrivão para cada uma delas, entre os quais haverá a competente distribuição.
E este se cumprirá como nele se contém. Pelo que mando à Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, ao Governador da Relação da Bahia, aos Governadores e Capitães-Generais, e todos os Ministros de Justiça e mais pessoas a quem pertencer o conhecimento e execução deste Alvará, que o cumpram e guardem, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nele se contém, não obstante quaisquer leis, alvarás, decretos, regimentos ou ordens em contrário, porque todas e todos hei por bem derrogar para este efeito somente como se deles fizesse expressa e individual menção, ficando aliás sempre em seu

> vigor. E este valerá como carta passada pela Chancelaria, ainda que por ela não há de passar, e que o seu efeito haja de durar mais de um ano sem embargo das ordenações em contrário, registrando-se em todos os lugares onde se costumam registrar semelhantes alvarás. Dado no Palácio do Rio de Janeiro, 10 de maio de 1808."[525]

Em 10 de maio de 1808, também foi criado o cargo de Intendente Geral de Polícia com jurisdição sobre juízes criminais que poderiam recorrer a ele porque detinha o poder de prender e soltar presos para investigações.

Na semana anterior da criação do cargo de Intendente o Brasil tomou por herança, pelas mãos e pena de D. João uma das mais estranhas "anomalias jurídicas" que se tem conhecimento na Idade Moderna e Idade Contemporânea: o Juiz Conservador da Nação Britânica.

Essa anomalia era um Juiz escolhido pelos ingleses residentes e somente ele poderia julgá-los. Apesar de o Juiz dever ser luso-brasileiro e as leis que este devesse cumprir serem as lusitanas, o fato de ele ser escolhido e ser exclusivo dava, obviamente, vantagens aos estrangeiros em terras brasileiras.

O primeiro documento em terras brasileiras que instala o Juiz Conservador é o Alvará de 4 de maio de 1808:

> "Eu o Príncipe Regente faço saber aos que este Alvará virem, que tendo consideração à representação que me fez o Cônsul da Nação Ingleza: hei por bem crear nesta Cidade um Juiz Conservador para que processe e sentencie ele as causas que pertencerem à mesma Nação, na forma que praticava o Juiz Conservador que havia em Lisboa."

Essa estranha modalidade de justiça, descaradamente privilegiada e absurda no tocante à soberania e territorialidade ratificada pelo Tratado de 1810, em seu artigo 10 prometia "compensação desta Concessão" e de fazer guardar a "mais estrita e escrupulosa

525 Alvará de 10 de maio de 1808, que criou a Casa de Suplicação.

observação” das leis protetoras de portugueses e estrangeiros em geral nos domínios britânicos. Assim afirmava o Tratado (com atenção aos nossos grifos):

> “Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, desejando *proteger e facilitar nos seus domínios o Comércio dos Vassalos da Grande Bretanha*, assim como as Suas relações e comunicações com os Seus próprios Vassalos, há por bem conceder-lhes o Privilégio de Nomearem e terem Magistrados Especiais *para obrarem em seu favor* como Juízes Conservadores naqueles Portos e Cidades dos Seus Domínios em que houverem Tribunais de Justiça, ou possam ser estabelecidos para o futuro. Estes Juízes julgarão e decidirão todas as Cousas que forem levadas perante eles pelos Vassalos Britânicos, do mesmo modo que se praticara antigamente, e a sua Autoridade e Sentenças serão respeitadas. E declara-se serem reconhecidas e renovadas pelo presente Tratado as Leis, Decretos e Costumes de Portugal relativos à Jurisdição do Juiz Conservador. Eles serão escolhidos pela pluralidade de votos dos Vassalos Britânicos que residirem ou comerciarem no Porto ou Lugar em que a Jurisdição do Juiz Conservador for estabelecida; e a Escolha assim feita será transmitida ao Embaixador ou Ministro de Sua Majestade Britânica residente na Corte de Portugal, para ser por ele apresentado a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, a fim de obter o Consentimento e Confirmação de Sua Alteza Real; e no caso de não a obter as Partes Interessadas procederão a uma nova Eleição, até que se obtenha a Real Aprovação do Príncipe Regente [...]”

Mas a compensação, que só existiria de fato se houvesse a criação do Juiz Conservador da Nação Portuguesa com sede na Inglaterra, nunca veio, conforme afirma Roberto Macedo:

> “Era o mesmo que nada prometer: mencionava-se uma condição implícita, cuja inobservância cons-

> tituiria desdouro para a coroa britânica. O próprio Artigo 10 frisava que todos gozavam 'do Benefício pela reconhecida Eqüidade da Jurisprudência Britânica, e pela Singular Escelência da Sua Constituição'."[526]

Mas, conforme se pode auferir no próprio Alvará que cria tal Juiz no Brasil, esta não era uma situação nova. Por mais estranho que pareça essa anomalia já vinha de séculos. Em 1450 o rei Afonso V criou por Carta Régia o Juiz Conservador da Nação Britânica em Portugal.[527] Essa situação persistiu no Brasil até pelo menos o Segundo Reinado.

2.5. A Elevação do Brasil à Condição de Reino Unido

Era interessante a condição do Brasil depois da transmigração da Família Real portuguesa, não se podia mais afirmar que o Brasil era colônia, mas não tinha havido a preocupação de dizer o que era o país. Com certeza não era independente, mas então como qualificar?

Somente após sete anos nesta condição de "sei-lá-o-quê" jurídico que o governo de D. João decidiu tomar providências e definir a condição jurídica do que apenas era chamado, oficialmente de Sede do Governo. Mas por que tanta demora? Por que não definir de imediato? Por que manter tudo provisório mesmo no primeiro ato que abriu os Portos brasileiros?

A resposta é simples: elevar o Brasil a reino seria colocá-lo como igual a Portugal, seria dar-lhe um *status* jurídico que não poderia ser retirado, seria assinar um papel que afirmaria que o Brasil jamais poderia voltar à condição de colônia.[528]

Mas não havia muito como evitar, o Brasil não era colônia desde 1808 e daqui saíam as decisões que interferiam em todos os domínios

---

526 MACEDO, Roberto. **História administrativa do Brasil:** Brasil sede da monarquia – Brasil Reino. 2. ed. Brasília: Unb; Centro de Formação do Servidor Público, 1983, p. 66.

527 Em 1645, Filipe IV de Espanha conferiu privilégios, entre os quais o Juiz Conservador, em 1647, a Carta de Privilégios foi confirmada, em 1654, o Tratado de Paz e Aliança assinado em Westminster entre o rei D. João IV de Portugal e Oliver Cromwell, contendo em suas disposições a manutenção do cargo de Juiz Conservador da Nação Inglesa.

528 Embora os portugueses das Cortes da Revolução do Porto não tenham concordado muito com isso e tenham tentado de todo modo, gerando o rompimento político com Portugal.

portugueses, mesmo no território da antiga metrópole. Era necessário tornar essa situação de fato em uma situação de direito.

Todas as nações da Europa já designavam o Brasil como Reino, isto pode ser atestado pelo Ato Final do Congresso de Viena, celebrado entre Áustria, França, Grã-Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia e assinado em Viena em 9 de junho de 1815:

> "Art CV – As Potências reconhecendo a justiça das reclamações formadas por Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal e do Brasil [...]
> Art. CVI – A fim de remover as dificuldades que obstaram a que Sua Alteza Real o Príncipe Regente do Reino de Portugal e do Brasil [...]
> Art. CVII – Sua Alteza Real o Príncipe Regente do Reino de Portugal e do Brasil [...]"[529]

O que faltava era o aval legal da Lei Portuguesa. Isso foi feito pela Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, que acrescentava ainda Algarves ao conjunto de Reinos Unidos:

> "D. João por graça de Deus príncipe-regente de Portugal e dos Algarves etc.
> Faço saber aos que a presente carta de lei virem, que tendo constantemente em meu real ânimo os mais vivos desejos de fazer prosperar os estados que a providência divina confiou ao meu soberano regime; e dando ao mesmo tempo a importância devida à vastidão e localidade dos meus domínios da América, à cópia e variedade dos preciosos elementos de riqueza que eles em si contêm; e outrossim reconhecendo quanto seja vantajosa aos meus fiéis vassalos em geral uma perfeita união e identidade entre os meus reinos de Portugal e dos Algarves, e os meus domínios do Brasil, erigindo estes àquela graduação e categoria política que pelos sobreditos predicados lhes deve competir, e na qual os ditos meus domínios já foram considerados pelos plenipoten-

529 *Apud* MACEDO, Roberto. *Op. cit.*, p. 108 e ss.

ciários das potências que formaram o Congresso de Viena, assim no tratado de aliança concluído ao 8 de abril do corrente ano, como no tratado final do mesmo Congresso, sou, portanto, servido e me apraz ordenar o seguinte:
1. Que desde a publicação desta carta de lei o estado do Brasil seja elevado à dignidade, preeminência e denominação de reino do Brasil;
2. Que os meus reinos de Portugal, Algarves e Brasil formem dora em diante um só e único reino debaixo do título: Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves;
3. Que aos títulos inerentes à coroa de Portugal e de que até agora hei feito uso se substitua em todos os diplomas, cartas de leis, alvarás, provisões e atos públicos o novo título de Príncipe Regente do Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves, daquém e dalém-mar, em África de Guiné e da Conquista, Navegação e Comércio de Etiópia, Arábia, Pérsia e da índia, etc.
E esta se cumprirá, como nela se contém [...]
Dada no palácio do Rio de Janeiro aos 16 de dezembro de 1815.
O príncipe com guarda Marquês de Aquiar."

CAPÍTULO XV
BRASIL IMPÉRIO

1. A Independência do Brasil e a Constituinte de 1823

Grandes heróis, grandes momentos épicos, "pais" de ideias libertárias e "pais" da independência, outros povos tiveram a oportunidade de possuir de fato, os brasileiros, no episódio da Independência, foram privados de tudo isso. Um belo homem bem vestido, que sobre o cavalo, erguia sua poderosa espada e arrancava, pela força de sua autoridade, as "cadeias que prendiam o Brasil a Portugal" é uma invenção romântica do século XIX que não conseguia ver os fatos sem torná-los heroicos.

A ideia de independência, a princípio, pertencia somente aos chamados, até por isso, radicais. O que os elementos da elite mais próximos do poder pleiteavam era a continuidade da união com Portugal, guardadas as liberdades conseguidas com a condição de Reino Unido:

> "A 23 de maio de 1822, pouco menos de quatro meses antes da Independência, o Senado da Câmara do Rio de Janeiro solicitava a convocação de uma assembléia geral das províncias do Brasil com o objetivo de deliberar sobre as justas condições com que o Brasil 'deve permanecer unido a Portugal', e examinar a Constituição que se fizer nas Cortes Gerais de Lisboa, para ver se é no seu todo aplicável ao Brasil, estabelecer as emendas e alterações com que a mesma Constituição deve ser recebida e jurada no Brasil. Na mesma representação era dito que a 'mesma assembléia trataria de comunicar-se por escrito com as Cortes de Lisboa a fim de manter a união com Portugal' que o Brasil desejava conservar."[530]

530 COSTA, Emilia Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (Org.). **Brasil em perspectiva**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973, p. 103.

Mesmo aqueles a quem é dada a paternidade ou o patronato da Independência não tinham isto em mente. As atas do Conselho de Estado que era composto, entre outros, por José Bonifácio de Andrada e Silva e Gonçalves Ledo, indicam que muito pouco tempo antes do "Grito do Ipiranga", foi redigido uma solicitação ao príncipe D. Pedro para uma convocação da Assembleia Geral dos Representantes da Província do Brasil onde se afirma que o Brasil não desejava atentar contra os direitos de Portugal, mas não era possível deixar que Portugal atentasse contra os seus. Outras afirmações interessantes do mesmo documento são:

> "O Brasil quer ter o mesmo Rei, mas não quer Senhores nos Deputados do Congresso de Lisboa [...]. O Brasil quer Independência, mas firmada a União, bem entendida, com Portugal, quer enfim apresentar duas grandes famílias regidas pelas suas leis particulares, presas por seus interesses obedientes ao mesmo chefe."[531]

O problema central que desencadeou todo o processo de independência não foi, portanto, ideológico. Os pais da independência do Brasil se viram entre duas possibilidades que não lhes agradava: obedecer às Cortes Portuguesas e aceitar a volta do Brasil à condição de Colônia – o que era economicamente muito desinteressante – ou deixar que os chamados radicais continuassem a insuflar o povo contra as Cortes para conseguir uma independência com características democráticas e republicanas.

Enquanto as Cortes discutiam projetos claramente recolonizadores a opinião pública no Brasil através de jornais, panfletos e discursos públicos mostrava toda a sua indignação. Eram projetos e decretos como este:

> "Artigo 1º – O comércio entre os reinos de Portugal, Brasil e Algarves, será considerado como de províncias do mesmo continente."
>
> "Artigo 2º – É permitido unicamente a navios de construção portuguesa, fazer o comércio de

531 *Apud* COSTA, Emilia Viotti. *Op. cit.*, p. 104.

> porto a porto em todas as possessões portuguesas. [...]"[532]

Nessa questão, envolvendo os "radicais", estaria também a explicação do por que a elite brasileira aceitou ser comandada por um monarca e não se lançou imediatamente para tomar o poder. A monarquia, uma continuidade da dinastia portuguesa no Brasil seria a garantia de manutenção do *status quo* baseado no sistema que persistia desde a Colônia: latifúndio, monocultor, exportador, escravocrata. Quando, a partir da Lei Áurea, a monarquia já não garantia mais esse estado de coisas, o apoio a ela esvaiu-se e veio a República.

A convocação da Constituinte em 3 de junho de 1822, portanto três meses antes do episódio às margens do Ipiranga, foi uma das medidas tomadas contra as tentativas de recolonização das Cortes Portuguesas, mas foi somente em 3 de maio de 1823 que se deu a abertura da Constituinte, era preciso, segundo o governo, "preparar terreno" para o início dos trabalhos.

Essa preparação se deu através de um extermínio de possibilidades de oposição primeiro fazendo com que as eleições fossem restritas a um grupo pequeno visto que teria direito de voto para a Constituinte todo cidadão, casado ou solteiro, sendo emancipado – ou seja, que não fosse filho de família no sentido romano – e tendo mais de 20 anos. Estavam excluídos os religiosos regulares, os estrangeiros não naturalizados, os criminosos e os que viviam de salário ou soldadas de qualquer modo à exceção dos caixeiros de casas comerciais, os criados da Casa Real que não fossem de galão branco e os administradores de fazendas e fábricas.[533]

Além dessa exclusão maciça de grande parte da população, José Bonifácio e D. Pedro por trás dele determinaram, antes da eleição, uma verdadeira "caça às bruxas" através de uma verdadeira escalada de repressão e violência:

> "Uma primeira medida é a criação de dois cargos de ajudantes do intendente geral de polícia, da capital, com atribuições exclusivas para vigiar

532 MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). **Brasil história: texto e Consulta – Império**. São Paulo: Hucitec, 1991. v. 2, p. 150.

533 A exclusão dos escravos estava implícita no fato de não serem considerados indivíduos e por não serem considerados brasileiros.

> pessoas suspeitas e ajuntamentos, cercar casas e clubes e prender os denunciados (portaria de 10 de abril); a essa decisão segue-se a de mandar a repartição dos correios reter cartas e papéis considerados suspeitos (aviso de 18 de julho) e a de autorizar o intendente geral de polícia a expulsar da cidade os que pudessem 'tramar contra a ordem pública' e inclusive fixar-lhes o local de residência (portaria de 18 de julho)."[534]

Mesmo membros do Conselho de Estado, como Ledo, por exemplo, que tinham ideologicamente uma tendência mais democrática foram condenados ao degredo. A imprensa não escapou desta "limpeza". Por decreto fica instituída a censura à imprensa no país:[535]

> "Havendo-se ponderado na minha real presença que, mandando eu convocar uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa para o Reino do Brasil, cumpria-me necessariamente e pela Suprema Lei da salvação pública evitar que ou pela imprensa, ou verbalmente, ou de outra qualquer maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem, da tranqüilidade, e da união doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que, promovendo a anarquia e a licença, ataquem e destruam o sistema que os povos deste grande e riquíssimo Reino [...] e procurando ligar a bondade, a justiça e a salvação pública sem ofender a liberdade bem entendida da imprensa, que desejo sustentar o conservar, e que tantos bens tem feito à causa sagrada da liberdade brasílica, e fazer aplicáveis em casos tais, e quanto for compatível com as atuais circunstâncias, aquelas instituições liberais adotadas pelas nações cultas, hei por bem, e com o parecer do meu Conselho de Estado, determinar provisoriamente o seguinte:

534 MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil Império**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 12.

535 Não que isso fosse novidade, por todo o período colonial vários livros foram proibidos de entrar no território.

O Corregedor do Crime da Corte e Casa, que por este nomeio Juiz de Direito nas causas de abuso de liberdade de imprensa, e nas províncias, que tiverem Relação, o Ouvidor do Crime, e o de Comarca nas que a não tiverem, nomeará nos casos ocorrentes, a requerimento do Procurador da Coroa e Fazenda, que será o Promotor e Fiscal de tais delitos, vinte o quatro cidadãos escolhidos dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, os quais serão juízes de fato, para conhecerem da criminalidade dos escritos abusivos. Os réus poderão recusar destes vinte e quatro nomeados dezesseis; os oito restantes, porém, procederão no exame, conhecimento e averiguação do fato, como se precede nos conselhos militares de investigação, e acomodando-se sempre às formas mais liberais e admitindo-se o réu à justa defesa, que é de razão, necessidade e uso.
Determinada a existência de culpa, o Juiz imporá a pena. E porquanto as leis antigas a semelhante respeito são muito duras e impróprias das idéias liberais dos tempos em que vivemos, os Juízes de Direito regular-se-ão para essa imposição pelos arts. 12 e 13 do título segundo do Decreto das Cortes de Lisboa, de 4 de junho de 1821, que mando nesta única parte aplicar ao Brasil. Os réus só poderão apelar do julgado para a minha real clemência.
E para que o Procurador da Coroa e Fazenda tenha conhecimento dos delitos da imprensa, serão todas as tipografias obrigadas a mandar-lhe um exemplar de todos os papéis que se imprimirem.
Todos os escritos deverão ser assinados pelos escritores para sua responsabilidade: e os editores ou impressores que imprimirem e publicarem papéis anônimos são responsáveis por eles.
Os autores, porém, de pasquins, proclamações incendiárias e outros papéis não impressos serão processados e punidos na forma prescrita pelo rigor das leis antigas."[536]

536 Decreto do Príncipe Regente de 18 de junho de 1822.

Dessa forma, os jornais, que eram os principais meios de propagação de ideias no Brasil daqueles tempos, foram fechados ou calados, ficando somente os que apoiavam indubitavelmente o governo de D. Pedro. A todas essas medidas duras D. Pedro, na abertura da constituinte justifica da seguinte forma:

> "Bem custoso seguramente me tem sido, que o Brasil até agora não gozasse de representação nacional; e ver-me eu por força de circunstâncias obrigado a tomar algumas medidas legislativas; elas nunca parecerão, que foram tomadas por ambição de legislar, arrogando um poder, em o qual somente devo ter parte; mas sim, que foram tomadas para salvar o Brasil, visto que a assembléia, quanto a umas não estava convocada, quanto a outras, não estava ainda junta, e residiam então de fato, e de direito, visto a independência total do Brasil de Portugal, os três poderes no chefe supremo da Nação, muito mais sendo ele seu defensor perpétuo. Embora algumas medidas parecessem demasiadamente fortes, como o perigo era iminente, os inimigos, que nos rodeavam imensos (e prouvera a Deus, que entre nós ainda não existissem tantos), cumpria serem proporcionadas."[537]

A Constituinte formada sob o jugo da perseguição estava fadada ou a obedecer subservientemente à vontade do Imperador ou a afrontá-la e ser ver o poder imperial fechá-la. Uma Constituinte "Consentida" é assim que deve ser chamada, mesmo antes de sua instalação havia ameaças contra ela. José Bonifácio tentava convencer o príncipe de formar um Conselho de Procuradores, com poderes apenas consultivos, e a outorga de uma Carta Magna, de modo a fugir do que ele considerava ser as "desordens de uma Assembléia Constituinte".[538]

A fala de D. Pedro I é bem clara no sentido do consentimento, ele permitia a Constituinte e aceitava uma constituição desde que fosse

537 Fala do Trono. Mensagem do Imperador à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa (maio 1823).

538 MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). *Op. cit.*, p. 177.

digna do Brasil e dele.[539] A Assembleia Constituinte deveria servir a um propósito do próprio Imperador, segundo Raymundo Faoro, o de provar que ele desobedecera as Cortes Portuguesas não por desejar reinar de forma absoluta mas para preservar a autoridade régia.[540]

A Constituinte funcionaria, não por direito próprio, mas enquanto fiel ao sistema monárquico. Assim, afirmou D. Pedro na abertura dos trabalhos constituintes:

> "Como Imperador Constitucional, e muito especialmente como defensor perpetuo deste Império, *disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a Pátria, a Nação, e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim*. Retifico hoje muito solenemente perante vós esta promessa, e espero, que me ajudeis a desempenhá-la, fazendo uma Constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão, e não pelo capricho, que tenha em vista somente a felicidade geral, que nunca pode ser grande, sem que esta Constituição tenha bases sólidas, bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos, *e toda a força necessária ao poder executivo*. Uma Constituição, em que os três poderes sejam bem divididos de forma, que não possam arrogar direitos, que lhes não compitam, mas que sejam de tal modo organizados, e harmonizados, que se lhes torne impossível, ainda pelo decurso do tempo, fazerem-se inimigos, e cada vez mais concorram de mãos dadas para a felicidade geral do Estado. Afinal uma Constituição que, *pondo barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer democrático, afugente a anarquia*, e plante a árvore daquela liberdade, a cuja sombra deve crescer a união, tranqüilidade,

539 Essa interessante frase demonstrativa de poder e sanha absolutista sequer é de autoria de D. Pedro I, foi copiada do preâmbulo da Carta de 4 de junho de 1814, por meio da qual Luis XVIII pretende reatar a tradição monárquica.

540 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 9. ed. São Paulo: Globo, 1991, p. 282.

> e independência deste Império, que será o assombro do mundo novo e velho."[541]

A fim de preparar o anteprojeto constitucional foram designados seis deputados que formariam uma comissão, sendo que esta apresentou-o em setembro de 1823 quando começou a ser discutido pela Assembleia. Continha 272 artigos muito inspirados nos Iluministas, não no tocante à democracia e liberdades burguesas, mas, principalmente, no que dizia respeito à soberania nacional e ao liberalismo econômico.

O anteprojeto refletia a situação política do momento, a presença de tropas portuguesas na Bahia ainda lembrava o perigo da independência ser apenas um episódio. Assim, propunha a restrição na participação de estrangeiros na vida política nacional. Essa preocupação tinha em vista fundamentalmente os portugueses.

Embora já devidamente filtrados de "radicais" e "democratas", tiveram a tendência, no projeto de constituição, de guardar uma parte importante do poder para si e para aqueles que representavam. Dessa forma, o projeto de Constituição seguia uma tendência classista imoderada na discriminação dos poderes políticos.

Para afastar a maioria da população, o projeto preconizava a eleição em dois turnos condicionando-se a capacidade eleitoral à renda, não medida em dinheiro, mas com base no preço de uma mercadoria de consumo corrente: a farinha de mandioca. Essa associação logo deu ao povo do Rio de Janeiro e aos jornais assunto inesgotável para galhofas e a Constituinte foi chamada de "Constituinte da Mandioca".

Os eleitores de primeiro grau deveriam ter renda mínima equivalente a 150 alqueires de farinha de mandioca, eles elegeriam os eleitores de segundo grau que para sê-lo deveriam ter renda mínima de 250 alqueires de farinha de mandioca. Estes últimos elegeriam deputados e senadores que, para se candidatarem a tais cargos deveriam ter renda correspondente a quinhentos e mil alqueires, respectivamente.

Embora José Bonifácio pregasse contra o Pacto Confederativo e a favor da Lealdade Dinástica, por acreditar que a unidade do Império só se daria através de um governo forte, o anteprojeto valorizava a representação nacional estabelecendo a indissolubilidade da Câmara, o veto do imperador aos projetos pela Câmara aprovados seria de

541 Fala do Trono. Mensagem do Imperador à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa (maio 1823). Grifo nosso.

caráter apenas suspensivo e a sujeição das forças armadas seria ao Parlamento e não ao Imperador.

Senado eleito, forças armadas fora de seu controle direto e indissolubilidade da Câmara já seriam suficientes para deixar o Imperador contra a Constituinte, mas alijá-lo do poder completamente, não dando sequer o veto, seria como deixá-lo como um rei que reina, mas não governa, o poder seria do Parlamento:

> "O antagonismo entre o príncipe e a Constituinte caminhava para um aprofundamento cada vez maior [...]. Mas o problema principal estava na não concordância de D. Pedro I do veto apenas suspensivo; embora moderado, o projeto constitucional feria os brios absolutistas do monarca e de seus aliados [...]"[542]

A Assembleia é fechada e uma comissão da confiança de D. Pedro é nomeada para fazer uma Constituição. O imperador justificou o fechamento da Assembleia Constituinte alegando que esta estava trazendo graves perigos à Nação:

> "Brasileiros!
> Uma só vontade nos una. Continuemos a salvar a Pátria. O vosso Imperador, o vosso defensor perpétuo vos ajudará, como ontem fez, e como sempre tem feito, ainda que exponha sua vida. Os desatinos de homens alucinados pela soberba e ambição nos iam precipitando no mais honoroso abismo. [...] As bases que devemos seguir e sustentar para nossa felicidade são *independência do império, integridade do mesmo e sistema constitucional,* sustentando nós estas três bases sem rivalidades, sempre odiosas, sejam por que lado encaradas, e que são as alavancas (como acabastes de ver) que poderiam abalar esse colossal Império, nada mais temos que temer. Essas verdades são inegáveis, vós bem as conheceis pelo vosso juízo e desgraçadamente as leis conhecendo melhor pela anarquia.

542 MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). *Op. cit.*, p. 179.

> Se a Assembléia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião e nossas vestes seriam tintas em sangue. Está convocada nova Assembléia. Quanto antes, ela se unirá para trabalhar sobre um projeto de Constituição, que em breve vos apresentarei. [...]
> Ficai certos que o vosso Imperador a única ambição que tem é de adquirir cada vez mais glória, não só para si, mas para vós, e para este grande império, que será respeitado pelo mundo inteiro. As prisões agora feitas serão pelos inimigos do Império consideradas despóticas. Não são. Vós vedes que são medidas de polícia, próprias para evitar a anarquia e poupar as vidas desses desgraçados, para que possam gozar ainda tranqüilamente delas, e nós de sossego. Suas famílias serão protegidas pelo Governo. A salvação da Pátria, que me está confiada, como defensor perpétuo do Brasil e que é a Suprema Lei, assim o exige. Tende confiança em mim, assim como eu a tenho em vós, e vereis os nossos inimigos internos e externos suplicarem à nossa indulgência,
> União e mais união, brasileiros; quem aderiu à nossa sagrada causa, quem jurou a Independência deste Império é brasileiro."[543]

2. A Constituição Outorgada de 1824

A Comissão nomeada por D. Pedro I para elaborar uma Carta Constitucional foi chamada de Conselho de Estado e era composta por seis ministros e mais quatro membros escolhidos pelo Imperador. Essa comissão tinha um prazo de quarenta dias para a elaboração da Carta. A Constituição foi então outorgada, imposta por D. Pedro I e, apesar de críticas contundentes em todas as províncias, acabou por ser assimilada por imposição.

543 Proclamação de D. Pedro justificando a convocação de uma nova Assembleia (13 de novembro de 1823).

2.1. Alguns Pontos da Constituição de 1824

Não era possível para D. Pedro I, por mais que desejasse, centralizar de forma absoluta aparente, o poder em suas mãos. Depois da restauração na Europa, depois da retomada de poder pelas monarquias que haviam perdido suas coroas para Napoleão, não era mais possível para um rei afirmar que o Estado era ele, tampouco basear-se na teoria do direito divino. Era preciso identificar o governo com uma Monarquia Constitucional e assim o fez a Constituição de 1824:

> "Art. 3º O seu governo é monárquico, hereditário, constitucional e representativo."

Era preciso deixar participar do poder ao menos uma parte da elite econômica, era a isso que os reis chamavam de liberalismo. Não era mais possível compreender um país sem uma constituição, sem uma separação de poderes, ainda que nominal:

> "Art. 9º A divisão e harmonia dos Poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece."

A Constituição Imperial indicava uma divisão de poderes, como era de se esperar de uma Monarquia que desejava ser Constitucional nos moldes Iluministas, entretanto, indo além de Montesquieu que apontava serem ideais três poderes, o executivo, o legislativo e o judiciário, a primeira constituição brasileira interpõe um quarto poder, o moderador:

> "Art. 10. Os Poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial."

O Poder Moderador é a chave para a compreensão da falácia da independência de poderes no Brasil monárquico. Ele é apontado como sendo o meio pelo qual os outros poderes se harmonizariam. É um poder privativo do Imperador:

> "Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes políticos."

A ideia de outros poderes além dos três indicados por Montesquieu, que acabou sendo parcialmente aplicada na Constituição Outorgada é do suíço Benjamin Constant, que indica cinco poderes:

> "Até agora, têm se distinguido três poderes em tais organizações políticas. De minha parte, distingo cinco, de naturezas diferentes, numa monarquia constitucional: primeiro, o poder real; segundo, o poder executivo; terceiro, o poder representativo da continuidade; quarto, o poder representativo da opinião; quinto, o poder de julgar. O poder representativo da continuidade reside numa assembléia hereditária; o poder representativo da opinião, em uma assembléia eleita; o poder executivo está confiado aos ministros; o poder de julgar, aos tribunais. Os dois primeiros poderes fazem a lei; o terceiro cuida de sua execução geral e o quarto julga os casos particulares. O poder real está acima destes quatro poderes; autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária, interessado em manter o equilíbrio, e com a máxima preocupação de conservá-lo."[544]

As ideias do suíço, entretanto, não foram aplicadas de forma absoluta, muito embora muito tenha sido aproveitado dele. Por ele estariam separadas a chefia do Estado e a Chefia de Governo e, como não era interessante ao Imperador, este último acumulava também a chefia do Poder Executivo.[545]

---

544 CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989, p. 74 e ss.

545 Nas monarquias parlamentaristas de fato é o chefe de Estado, responsável pela representação do país; o primeiro ministro é o chefe de governo, que dirige a política do Estado e é escolhido pelo Parlamento.

> “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.”

Os ministros de Estado, em questão nesse artigo 102, seriam nomeados pelo Imperador, acabando com qualquer possibilidade de um real parlamentarismo na monarquia brasileira.

> “Art. 101 – O Imperador exerce o Poder Moderador [...]
> 6º – Nomeando e demitindo livremente os ministros de Estado.”

Aos ministros, era somente exigido que referendassem o que o Executivo, que, chefiado pelo Imperador, era exercido quase que exclusivamente por ele mesmo:

> “Art. 132. Os ministros de Estado referendarão, ou assinarão, todos os atos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução.”

O Legislativo indicado pelo nome de Assembleia Geral é, em uma sinceridade absurda, objetivamente apontado na Constituição de D. Pedro não como tendo ou sendo um poder por si, mas como tendo um poder existente somente por consentimento do Imperador:

> “Art. 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador.”

O Poder Legislativo era composto por Câmara dos Deputados e Senado. Este último tinha por característica principal a vitaliciedade e, em última instância, eram escolhidos pelo Imperador através de listas tríplices:

> “Art. 40. O Senado é composto de membros vitalícios e será organizado por eleição provincial.”

> “Art. 43. As eleições serão feitas pela mesma maneira que as dos deputados, mas em listas tríplices, sobre as quais o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista.”

As condições para poder candidatar-se a uma vaga no Senado passavam por idade e muito dinheiro:

> "Art. 45. Para ser senador requer-se:
> 1º) Que seja cidadão brasileiro e que esteja no gozo dos seus direitos políticos.
> 2º) Que tenha a idade de quarenta anos para cima.
> 3º) Que seja pessoa de saber, capacidade e virtudes, com preferência os que tiverem feito serviços à Pátria.
> 4º) Que tenha de rendimento anual, por bens, indústria, comércio ou empregos, a soma de oitocentos mil réis."

Mas, para alguns, não era preciso candidatura, idade mínima de 40 anos, nem tampouco ser "pessoa de saber", bastava ser príncipe...

> "Art. 46. Os príncipes da Casa Imperial são senadores por direito e terão assento no Senado, logo que chegarem à idade de vinte e cinco anos."

Os deputados eram eleitos de forma indireta. Nessa Constituição havia a indicação de dois tipos de eleitores, como no anteprojeto da Constituinte. Os de primeiro grau eram chamados "paroquiais" e os de segundo "Provinciais".

Estavam excluídos as classes trabalhadoras, criados de servir (exceção primeiros caixeiros das casas de comércio, criados da Casa Imperial de maior categoria e administradores de fazendas e fábricas), bem como todos que não tivessem renda líquida anual correspondente a 100$000 por bem de raiz. E se para ser senador, como visto acima, era necessária uma renda de 800$000, para deputado exigia-se no mínimo 400$000:

> "Art. 90. As nomeações dos deputados e senadores para a Assembléia Geral e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias serão feitas por eleições indiretas, elegendo a massa dos cidadãos ativos em assembléias paroquiais os eleitores de província e este os representantes da Nação e província."

“Art. 91. Têm voto nestas eleições primárias:
1º) Os cidadãos brasileiros que estão no gozo de seus direitos políticos.
2º) Os estrangeiros naturalizados.”

“Art. 92. São excluídos de votar nas assembléias paroquiais:
1º) Os menores de vinte e cinco anos, nos quais não se compreendem os casados e oficiais militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados e clérigos de ordens sacras.
2º) Os filhos-família que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem ofícios públicos.
3º) Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros e primeiros caixeiros das casas de comércio, os criados da Casa Imperial que não forem de galão branco e os administradores das fazendas rurais e fábricas.
4º) Os religiosos e quaisquer que vivam em comunidade claustral.
5º) Os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.”

“Art. 93. Os que não podem votar nas assembléias primárias de paróquia, não podem ser membros, nem votar na nomeação de alguma autoridade eletiva nacional ou local.”

“Art. 94. Podem ser eleitores e votar na eleição dos deputados, senadores e membros dos conselhos de província todos os que podem votar na assembléia paroquial. Excetuam-se:
1º) Os que não tiverem de renda líquida anual duzentos mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.
2º) Os libertos.
3º) Os criminosos pronunciados em querela ou devassa.”

> "Art. 95. Todos os que podem ser eleitores são hábeis para serem nomeados deputados. Excetuam-se:
> 1º) Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na forma dos arts. 92 e 94.
> 2º) Os estrangeiros naturalizados.
> 3º) Os que não professarem a religião do Estado."

> "Art. 96. Os cidadãos brasileiros em qualquer parte que existam são elegíveis em cada distrito eleitoral para deputados ou senadores, ainda quando aí não sejam nascidos, residentes ou domiciliados."

Se os deputados eram eleitos, alguns podem supor que pelo menos uma parte do Poder Legislativo estava livre da ingerência imperial, mas, infelizmente, uma independência não era possível nos moldes dessa Constituição.

Exercendo o Poder Moderador o Imperador podia fechar a Câmara dos Deputados e convocar novas eleições simplesmente alegando, como o fez no caso da dissolução da Assembleia Constituinte, a necessidade de tal ato para "salvação do Estado".

> "Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:
> [...]
> 5º) Prorrogando ou adiando a Assembléia Geral e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra, que a substitua."

O poder do Imperador no âmbito traduzido pela Constituição Outorgada de 1824 não se restringia somente à nomeação de senadores ou dissolução da Câmara, ele tinha por essa Carta Magna o poder de expedir decretos e regulamentos que, na prática, configuravam o estabelecimento de leis:

> "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.

> São suas principais atribuições:
> [...]
> 12) Expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis."

De qualquer forma uma lei só teria valor no Brasil após a sanção objetiva do Imperador, e se este simplesmente não se pronunciasse acerca da sanção ou do veto de uma determinada lei seria o mesmo que vetá-la:[546]

> "Art. 66. O Imperador dará ou negará a sanção em cada decreto dentro de um mês, depois que lhe for apresentado."

> "Art. 67. Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo efeito, como se expressamente negasse a sanção, para serem contadas as legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o decreto obrigatório, por haver já negado a sanção nas duas antecedentes legislaturas."

O Poder Judiciário tampouco escapava de tão pelágica interferência, embora houvesse a indicação na Constituição de que este era um Poder independente:

> "Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar assim no cível como no crime, nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem."

Os juízes eram nomeados pelo Imperador como chefe do Poder Executivo:

> "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.

546 Na Constituição americana e no Código Civil de Napoleão, se o executivo no prazo estipulado não se pronunciasse a lei entraria em vigor; no Brasil, só o aval do Imperador ou a aprovação por três legislaturas seguidas de um mesmo projeto vetado poderia fazer vigorar uma lei.

> São suas principais atribuições:
> [...]
> 3º) Nomear magistrados."

Hoje em dia, algumas garantias institucionais são imprescindíveis para que se considere o Poder Judiciário como independente. São elas: independência orçamentária, vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade.[547]

O Judiciário de fato independente não deve estar atrelado à dependência de pagamento ou à possibilidade de ver reduzido seus vencimentos pois isso poderia ser utilizado como forma de pressão. Nesse item, a Constituição de 1824 não é muito clara, indica que o Legislativo é quem estabelece ordenados para os empregos públicos (artigo 15 inciso 16) sem apontar exatamente se nesses estabelecimentos de ordenados estão incluídos os juízes.

Quanto à vitaliciedade, a Constituição Imperial, não contando oficialmente com aposentadoria, decreta a "perpetuidade"; é preciso salientar, entretanto, que em 1850, por exemplo, vários juízes foram aposentados compulsoriamente após terem inocentado traficantes de escravos. E ainda, caso houvesse uma denúncia e o juiz fosse julgado pelo Imperador e pelo Conselho de Estado, ele poderia ser afastado de seu cargo:

> "Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à relação do respectivo distrito, para proceder na forma da lei."

> "Art. 155. Só por sentença poderão estes juízes perder o lugar."

Por fim, na questão da inamovibilidade ocorre um dos maiores "pecados" da Constituição de D. Pedro I. Alexandre Moraes comenta a importância da inamovibilidade para a independência do juiz citando a

547 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 434-439.

doutrina norte-americana que há muito aponta a necessidade de permanência do magistrado no cargo como forma de minimizar a pressão política que este pudesse vir a sofrer.[548] A partir de 1824 os juízes podem ser transferidos sempre que se "achar necessário":

> "Art. 153. Os juízes de direito serão perpétuos, o que todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo, e maneira, que a lei determinar."

Esse judiciário, nem tão independente quanto se desejaria, estava assim formado pela Constituição: haveria juízes e jurados, aos primeiros caberia a aplicação da lei, aos segundos o pronunciamento acerca do fato:

> "Art. 152. Os jurados pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a lei."[549]

Seria cobrada responsabilidade dos membros do judiciário no tocante a abusos de poder, suborno, peculato e concussão:

> "Art. 156. Todos os juízes de direito e os oficiais de justiça são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometerem no exercício de seus empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por lei regulamentar."

> "Art. 157. Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio

548 *Ibidem*.

549 A figura do Tribunal do Júri teve sua origem na Lei de 18 de junho de 1822, sobre os crimes de imprensa, tendo sido estendido para os demais crimes com o Código Criminal. Apesar da previsão na Constituição de 1824, a instituição do Tribunal do Júri nunca foi estendida para o cível. Com o Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, ficou consagrada a instituição. O Conselho do Júri se desdobrava em Júri da Acusação (para decidir sobre a pronúncia do acusado, tendo sido abolido esse júri prévio pela Lei nº 261, de 1841) e Júri do Julgamento. Era presidido por um juiz criminal e composto por jurados eleitos pela Câmara Municipal dentre 60 jurados nas capitais e 30 jurados nas cidades e vilas.

> queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei."

Essa responsabilidade, entretanto, não era cobrada de quem mais concentrava poder no país. Com tanto poder nas mãos do Imperador seria justo imaginar que a Constituição desse a quem ocupasse tal cargo responsabilidade por seus atos, mas era o contrário:

> "Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma."

Haveria no judiciário Relações como Tribunais de segunda e última instância em todas as províncias:

> "Art. 158. Para julgar as causas em segunda e última instância, haverá nas províncias do Império as relações que forem necessárias para comodidade dos povos."

Eram previstas a publicidade, a possibilidade de arbitragem e a necessidade de tentativa de reconciliação antes do processo. Essa reconciliação deveria ser feita por Juízes de Paz, eleitos nos municípios:

> "Art. 159. Nas causas crimes, a inquirição das testemunhas e todos os mais atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já."

> "Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes."

> "Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum."

> "Art. 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das

> câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei."

Havia ainda a previsão de um Supremo Tribunal de Justiça, em substituição à Mesa da Consciência e Ordens e à Casa de Suplicação. Mas este seria apenas responsável pelos recursos de revista que lhe eram oferecidos com base exclusivamente na nulidade manifesta ou injustiça notória:

> "Art. 163. Na Capital do Império, além da relação, que deve existir, assim como nas demais províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes letrados, tirados das relações por suas antigüidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles, que se houverem de abolir."
>
> "Art. 164. A este tribunal compete:
> 1º) Conceder ou denegar revistas nas causas, e pela maneira, que a lei determinar.
> 2º) Conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias.
> 3º) Conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais."

O papel de interpretação da lei caberia ao Legislativo, entretanto, como isso não desse certo essa função passou, a partir de 1841, para o Conselho de Estado, órgão composto por pessoas indicadas pelo Imperador. O Supremo Tribunal de Justiça teve suas funções regulamentadas por lei em 1828.

Outros pontos a serem destacados na Constituição de 1824 são aqueles que existiram apenas por existir, já que, na prática, não eram sequer levados em consideração.[550] Senão, como explicar um artigo,

---

550 Alguns autores caem na armadilha preparada por D. Pedro I de chamar esta Constituição de "Liberal", este é o caso, entre outros, de José Henrique Pierangeli (*op. cit.*, p. 66) e Jônatas de Paula (*op. cit.*, p. 222). Infelizmente o que está escrito se não for colo-

como o abaixo indicado, em um país que ainda tinha em vigor a lei de censura à imprensa de 18 de junho de 1822?

> "Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
> [...]
> 4º) Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a lei determinar."

A escravidão era a marca da produção e da cultura do Império e, mesmo assim, D. Pedro e seu Conselho decidiram praticamente copiar a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão dos revolucionários franceses. Desta forma a lei deve ter utilidade pública (art. 179, inciso 2º), mas o público não engloba a maioria esmagadora da população que é formada por escravos (embora a estes não fosse reconhecida a cidadania) e por homens livres não proprietários.[551]

Da mesma forma é indicada uma certa "liberdade de religião", mas a religião oficial, aquela que possibilita que o indivíduo tenha registros civis é a católica. Isso se dá porque casar-se, ter registro de nascimento pelo registro de batismo, morrer e todas as consequências legais atreladas a esses fatos da vida passavam pelo controle da Igreja, não pelo controle civil. Além disso, a própria religião católica tem seu

---

cado em prática é letra morta, como mortos ficam os ideais que porventura estas letras indiquem. A democracia era para D. Pedro da mesma forma que era para José Bonifácio, algo abominável, tanto assim o era considerado que Bonifácio dizia combater "aqueles que se colocavam debaixo das esfarrapadas bandeiras *da suja e caótica* democracia" (*apud* MENDES JÚNIOR, Antonio; RONCARI, Luiz; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). Op. cit., p. 177). A liberalidade de D. Pedro I acabava no momento em que era contrariado.

551 Com relação ao artigo 179, inciso 13, que afirma ser a lei igual para todos, o comentário possível é infeliz pela própria realidade. Se vivemos hoje em um Estado democrático de Direito e não temos como afirmar que tal dispositivo constitucional é posto em prática em sua totalidade, quanto mais no século XIX, escravocrata e com "super cidadãos" como o eram os latifundiários.

poder concentrado nas mãos do Imperador, que paga os eclesiásticos, e mais, dá prévio consentimento à aplicação das bulas papais no Brasil:

> "Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo e o exercita pelos seus ministros de Estado.
> São suas principais atribuições:
> [...]
> 2º) Nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos."

Com objetivo de ilustrar a tendência, iniciada por essa Constituição, de indicar garantias que não são cumpridas, indica-se o restante do artigo 179 com comentários:

> "Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:
> 1º) Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa senão em virtude da lei.
> 2º) Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.
> 3º) A sua disposição não terá efeito retroativo.[552]
> [...]
> 6º) Qualquer pode conservar-se, ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro.
> 7º) Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a lei determinar.[553]

552 A questão da irretroatividade foi colocada em prática.

553 A polícia não respeitava muito esse dispositivo...

8º) Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas, ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o Juiz, por uma nota, por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.
9º) Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei a admite; e em geral nos crimes que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto.[554]
10) À exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar.
O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada não compreende as ordenanças militares, estabelecidas como necessárias à disciplina; e recrutamento do Exército; nem os casos que não são puramente criminais, e em que a lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandatos da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.
11) Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.
12) Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as cau-

554 Poucos meses antes da entrada em vigor dessa Constituição, alguns constituintes de 23 tiveram suas casas invadidas, foram julgados sumariamente e simplesmente expulsos do país por D. Pedro I.

sas pendentes, sustá-las, ou fazer reviver os processos findos.

13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

14) Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes.

15) Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

16) Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.[555]

17) À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.

18) Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade.[556]

19) Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.[557]

20) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.[558]

21) As cadeias serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.

555 Em uma sociedade em que exista a Corte, a nobreza, a colocação desse dispositivo em prática é impossível.

556 O Código Criminal, conforme será visto adiante, foi feito rapidamente, o civil... levou "só" quase 100 anos para sair.

557 Os escravos não ficaram sabendo...

558 Conferir o item acerca dos escravos, visto que estes muitas vezes, com a aquiescência de juízes, eram penalizados no lugar de seus donos.

22) É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização.[559]
23) Também fica garantida a dívida pública.
24) Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos.
25) Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres.
26) Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.
27) O segredo das cartas é inviolável. A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo.
28) Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer civis, quer militares; assim como o direito adquirido a elas na forma das leis.
29) Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos.
30) Todo o cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores.
31) A Constituição também garante os socorros públicos.

559 Esse inciso foi usado como escudo inúmeras vezes para a defesa da manutenção da escravidão.

32) A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos.[560]
33) Colégios, e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-letras e artes.

3. O Código Criminal de 1830

Desde a proclamação da independência em setembro de 1822 entendia-se a necessidade de regular os vários aspectos da vida nacional. A primeira providência foi manter as leis portuguesas, de modo a não existir uma brecha legislativa. Isso foi feito ainda pela Assembleia Constituinte em outubro de 1823:

> "A Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil decreta:
> Art. 1º As ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem aos negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código ou não forem especialmente alteradas.
> Art. 2º Todos os decretos publicados pelas Cortes de Portugal, que vão especificados na tabela junta, ficam igualmente valiosos enquanto não forem expressamente revogados. Paço da Assembléia, 27 de setembro de 1823."

560 Gratuita, mas a estrutura não foi montada (escolas, professores etc.).

Em 1827, o Imperador enfatizou a urgência de se elaborar a codificação civil e criminal, já no mês seguinte projetos foram apresentados, debatidos e, no ano seguinte, optou-se por criar uma Comissão Bicameral para o estudo do assunto e, segundo os próprios componentes da comissão, levando mais em consideração o dano causado pela demora de uma codificação do que as imperfeições do projeto, eles acharam por bem apresentar o resultado de seus trabalhos que foi passado para a Câmara dos Deputados que, também por comissão, deu a redação definitiva do projeto que, aprovado em 1830, entrou em vigor em 8 de janeiro de 1831.[561]

No Código Criminal de 1830 existia a divisão entre as partes geral e especial. Seus 313 artigos são distribuídos da seguinte forma em seu corpo:

I – dos crimes e das penas, arts. 1º a 67;
II – dos crimes públicos, arts. 68 a 178;
III – dos crimes particulares, arts. 179 a 275;
IV – dos crimes policiais, arts. 276 a 313.

3.1. Alguns Pontos do Código Criminal

Uma das maiores discussões durante a feitura do Código Criminal residiu na penalização dos crimes. A pena de morte foi o centro da discussão, os deputados e senadores que participaram da Comissão que analisou o projeto chegaram inclusive a colocar a discussão e a conclusão acerca desse tipo de pena no parecer do Projeto. No final, apesar da docilidade do povo brasileiro, e sua ignorância, inclusive escolar, seria usada como desculpa para impedir a suspensão da pena de morte.

> "[...] a *commisão* desejou *supprimir* a pena de morte, cuja utilidade rarissimamente compensa o horror causado na sua *applicação*, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro; porém, o estado *actual* da nossa população, em que a educação primária não pode ser geral, deixa ver *hypotheses* em que seria indispensável: tendo a consolar-se desta triste necessidade com a providência da

561 PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.

> lei, que *prohibe* a execução de tal pena, sem o consentimento do Poder Moderador, que seguramente o recusará quando *conviér* a substituição."[562]

A pena de morte era então prevista no primeiro Código brasileiro e não somente prevista como era descrita a sua execução. Ao legislador não escapou sequer a indicação da proibição de pompa no enterro do condenado após a aplicação da pena e do tipo de roupa do condenado no momento da execução:

> "Art 38. A pena de morte será dada na forca."

> "Art. 39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogável a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional."

> "Art. 40. O *réo*, com seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até a forca, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu Escrivão, e da força militar que se requisitar. Ao acompanhamento precederá o porteiro, lendo em voz alta a sentença que se *fôr* executar."

> "Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes ou amigos, se os pedirem aos juizes que presidirem à execução; mas não poderão *enterral-os* com pompa, sob pena de prisão por um *mez à* um *anno*."

Apenas a mulher grávida poderia, temporariamente, escapar do castigo da morte:

> "Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo *ella* será julgada, em

562 PIERANGELI, J. H. *Op. cit.*, p. 67.

> caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto."

Outras penas eram previstas: a de Galés, a de prisão com trabalho, a de prisão simples, o banimento, a de degredo, a de desterro e a maioria delas suspendia os direitos políticos do condenado:

> "Art. 44. A pena de galés sujeitará os *réos* a andaram com *calceta* no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem nos trabalhos publico da província onde tiver sido *commettido* o *delicto*, à disposição do governo."[563]

> "Art 46. A pena de prisão com trabalho obrigará aos *réos* a *occuparem-se* diariamente no trabalho que lhes *fôr* destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e regulamentos *policiaes* das mesmas prisões."

> "Art. 46. A pena de prisão simples obrigará aos *réos* a estarem reclusos nas prisões publicas pelo tempo marcado nas sentenças."

> "Art. 50. A pena de banimento privará para sempre os *réos* dos direitos de cidadão brasileiro, e os *inhibirá* perpetuamente de habitar o território do Império. Os banidos que voltarem ao território do Império serão *condemnados* à prisão perpetua."

> "Art. 51. A pena de degredo obrigará os *réos* a residirem no lugar destinado pela sentença, sem poderem *sahir delle*, durante o tempo que a mesma lhes marcar. A sentença nunca destinará para degredo lugar que se *comprehenda* dentro da comarca em que morar o *offendido*."

---

563 Essa pena era comutada para pena de prisão pelo mesmo tempo para mulheres e para menores de 21 anos.

> “Art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os *réos* a s*ahir* dos termos dos lugares do *delicto*, e da principal residência do *offendido*, e a não entrar em algum *delles* durante o tempo marcado na sentença.”

> “Art. 53. Os *condemnados* às Galés, à prisão com trabalho, à prisão simples, a degredo ou a desterro *ficão* privados do exercício dos direitos políticos de cidadão brasileiro, enquanto durarem os *effeitos* da *condemnação*.”

Havia também a pena de multa, com a introdução da ideia do “dia-multa” tão utilizada hoje em dia:

> “Art. 55. A pena de multa obrigará os *réos* ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os *condemnados* puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.”

> “Art. 57. Não tendo os *condemnados* meios para pagar as multas, serão *condemnados* em tanto quanto tempo de prisão com trabalho, quanto fôr necessário para ganharem a importância *dellas*.”

Ainda havia a indicação como pena para casos de delitos no exercício de emprego público a perda do emprego:

> “Art. 58. A pena de suspensão do emprego privará os *réos* do exercício dos seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderão ser empregados em outros, salvo sendo de eleição popular.”

Ainda no tocante às penas, havia uma garantia constitucional que afirmava não poder haver penas como os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis (art. 179, inciso 19). Essa afirmação constitucional não excluía ninguém, aliás nem poderia, visto que o inciso 13 do mesmo artigo da Constituição Outorgada decretava

que a lei deveria ser igual para todos. Todos menos os escravos, que eram considerados coisas por um lado e pessoas no caso de delitos:

> "Art. 60. Se o *réo fôr* escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés será *condemnado* à de *açoutes*, e, depois de os *soffrer*, será entregue a seu senhor, que se obrigará a *trazel-o* com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O número de *açoutes* será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de *cincoenta*."

Deve-se ressaltar que o Código não imputava pena por não julgar como criminosos nem os menores de quatorze anos, nem os "loucos de todo gênero" e as pessoas que cometeram um crime levados por força ou medo "irresistíveis". Estes deveriam apenas reparar o mal causado e, se fossem menores de 14 anos considerados como tendo discernimento, eram recolhidos a casas de correção (artigos 11, 12 e 13):

> "Art. 10 – Também não se julgarão criminosos:
> 1º Os menores de quatorze *annos*.
> 2º Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos *intervallos e nelles commetterem* o crime.
> 3º Os que *commetterem* crimes violentos, por força ou por medo irresistíveis."[564]

O Código Criminal apesar das falhas leva consigo princípios muito importantes de Justiça. Sem dúvida Beccaria tem seu papel na cabeça dos homens que fizeram o Código. Pode-se ver, por exemplo, o valioso Princípio da Legalidade que no Código Criminal somente não foi perfeito por permitir ainda o arbítrio:

> "Art. 1º Não haverá crime ou *delicto* (palavras *synonimas* neste Código) sem uma lei anterior que o qualifique."

564 Talvez aí caiba a legítima defesa.

> "Art. 33. Nenhum crime será punido com penas que não *estejão* estabelecidas nas leis, nem com mais ou menos *daquellas* que estiverem decretadas para punir o crime no *gráo maximo*, médio ou mínimo, salvo o caso que aos juízes se permitir arbítrio."

Há também defeitos graves, como a não indicação e qualificação do crime culposo. Essa falha somente terá fim em 1871 através de uma lei complementar:

> "Art. 3º Não haverá criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar."

O Código é bastante rígido com juízes, suas funções e suas obrigações, tanto no que diz respeito ao recebimento de suborno para dar sentenças quanto no não cumprimento de prazos:

> "Art. 130. Receber dinheiro ou outro algum donativo, ou aceitar promessas, directa ou *indirectamente*, para praticar ou deixar de praticar, algum *acto de officio* contra ou segundo a lei. Penas: de perda do emprego com *inhabilidade* para outro qualquer; de multa igual ao tresdobro da peita; e de prisão por três a nove *mezes*. A pena de prisão não terá lugar quando o *acto* em vista do qual se recebeu ou aceitou a peita se não tiver *effectuado*."

> "Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de *Facto* ou Árbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja. Se a sentença *fôr* injusta, a prisão será de seis *mezes* a *dous annos*; e se *fôr* criminal *condemnatória, soffrerá* o peitado a mesma pena, que tiver imposto ao que *condemnára*, menos que a de morte, quando o *condemnado* não tiver *soffrido*; caso em que se imporá ao *réo* a de prisão perpétua. Em todos estes casos, a sentença dada por peita será *nulla*."

> "Art. 180. [...] Demorar o Juiz o processo do réo preso, ou afiançado além dos prazos legaes; ou faltar aos actos do seu livramento.
> Pena: de suspensão do emprego por um mez a um anno, e de prisão por quinze dias a quatro mezes; nunca porém por menos tempo que o da prisão do offendido,e de mais a terça parte."

> "Art. 182. Não dar o Juiz ao preso, no prazo marcado na Constituição, a nota por elle assignada, que contenha o motivo da prisão, e os nomes do acusador, e das testemunhas, havendo-as.
> Pena: de prisão por cinco dias a um mez."

Os crimes sexuais também eram rigidamente punidos no Código Criminal do Império, mas essa punição ocorreria de maneira mais contundente se a mulher, única vítima possível por essa legislação, fosse considerada socialmente como sendo "de família", no caso de ser prostituta a pena era mais leve:

> "Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
> Pena: de prisão por três a doze *annos*, e de dotar a *offendida*.
> Se a violentada for prostituta.
> Pena: de prisão por um *mez a dous annos*."[565]

A defloração seria crime se ocorrido com uma moça menor de dezessete anos e o casamento era a alternativa para a pena:

> "Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de *dezasete annos*.
> Pena: de desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três *annos,* e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas."

565 O artigo 225 afirma que não haverá pena se houver casamento nos dois casos.

O adultério é considerado crime por esse Código e apresenta uma das situações mais interessantes vistas por nós em códigos antigos. Para a mulher, adultério era adultério, qualquer que fosse a forma; para o homem somente era considerado adultério se ele mantivesse uma outra mulher (até aqui é semelhante ao que ocorria nas Ordenações), entretanto, para que a denuncia deste *crime* valesse, era preciso que o cônjuge traído o fizesse e provasse que nunca, em nenhum momento consentiu no adultério.

É um crime que se consentido não se configura mais como tal? A mulher tinha como denunciar o marido imediatamente assim que soubesse da existência de uma "teúda e manteúda"? Não se pode esquecer do poder patriarcal que muitas vezes se traduzia em violência e medo nos seios das famílias, das mais ricas às mais pobres:

> "Art. 250. A mulher casada que *commeter* adultério será punida com a pena de prisão com trabalho por um a três *annos*."
>
> "Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, *teúda e manteúda*, será punido com as penas do artigo antecedente."
>
> "Art. 252. A *accusação* deste crime não será permitida a pessoa que não seja marido, ou mulher, e estes mesmos não terão direito de *accusar*, se em algum tempo tiverem consentido no adultério."

Quanto aos crimes contra a propriedade, o Código não diferencia furto de roubo, usa ambas as expressões, inclusive, em um só artigo, como sinônimos:

> "Art. 257. Tirar cousa alheia contra a vontade do dono, para si ou para outro."
>
> "Art. 269. Roubar, isto é, furtar, fazendo *violêmncia* a pessoas ou às coisas.
> Pena: de galés por um a *oito annos.*"

Destaca-se também que atos religiosos eram também considerados crimes se praticados em público. A Constituição Imperial afirmava ser a religião Católica a oficial do Estado, os proventos de religiosos católicos no Brasil saíam dos cofres públicos, mas havia, em contrapartida, o inciso 5º do artigo 179, da mesma Constituição, que afirmava: "Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública." Mas ofendia a moral pública expressar-se religiosamente em público com outro culto que não fosse o católico:

> "Art. 276. Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra religião que não seja a do Estado.
> Pena: de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto; da demolição da forma exterior; e da multa de *dous* a doze mil réis, que pagará cada um."

No âmbito da responsabilidade destaca-se o fato de o legislador imperial ter imposto a responsabilidade sucessiva, bem antes de os belgas (que levam a fama de terem tido essa ideia) o terem feito. Isso ocorre nos crimes de imprensa:

> "Art. 7º – Nos *delictos* de abuso da liberdade de *communicar* os pensamentos, são criminosos, e por isso responsáveis:
> 1º O impressor, gravador ou *lithographo*, os *quaes* ficarão isentos de responsabilidade, mostrando por *escripto* obrigação de responsabilidade do editor, sendo este pessoa conhecida, residente no *Brazil*, que esteja no gozo dos Direito Políticos; [...]
> 2º O editor que se obrigou, o qual ficará isento de responsabilidade, mostrando a obrigação pela qual o autor se responsabilize, tendo este as mesmas qualidades exigidas no editor, para escusar o impressou.
> 3º O autor que se obrigou.
> 4º O vendedor [...]"

4. O Código de Processo Criminal de 1832 e o Ato Adicional de 1834

Desde a dissolução da Assembleia Constituinte em novembro de 1823 e a consequente implantação do absolutismo disfarçado em Poder Moderador, pela Constituição de 1824, que vários setores, principalmente da elite brasileira que desejava mais autonomia, desconfiavam seriamente de D. Pedro I.

Com a crise econômica advinda da crise do açúcar, da falência esperada do Banco do Brasil, dos pagamentos para reconhecimento da independência e do uso do pouco dinheiro existente em uma guerra que ninguém (a não ser D. Pedro I) queria, como foi a Guerra da Cisplatina, a oposição ao Imperador aprofundou-se ainda mais.

D. Pedro I abdicou do trono e, como seu sucessor tinha apenas cinco anos de idade, para que se cumprisse a Constituição, o Império foi governado por uma Regência, escolhida entre os membros do Parlamento:

> "Art. 121. O Imperador é menor até a idade de dezoito anos completos."
>
> "Art. 122. Durante a sua menoridade, o Império será governado por uma Regência, a qual pertencerá ao parente mais chegado do Imperador, segundo a ordem da sucessão, e que seja maior de vinte e cinco anos."
>
> "Art. 123. Se o Imperador não tiver parente algum, que reúna estas qualidades, será o Império governado por uma Regência permanente, nomeada pela Assembléia Geral, composta de três membros, dos quais o mais velho em idade será o presidente."
>
> "Art. 124. Enquanto esta Regência se não eleger, governará o Império uma Regência provisional, composta dos Ministros de Estado do Império, e da Justiça; e dos dois conselheiros de Estado mais antigos em exercício, presidida pela

> Imperatriz viúva, e, na sua falta, pelo mais antigo conselheiro de Estado."[566]

4.1. O Código de Processo Criminal

O espírito liberal, que havia permeado a Independência e a Assembleia Constituinte, havia sido frustrado e a Abdicação marcou a retomada do debate liberal que encontrou sua maior expressão no Código de Processo Criminal, que deveria ser feito com urgência visto que o Código Criminal não contemplava o processo.

O Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832 deu nova fisionomia aos municípios, ao menos nos quase dez anos que esteve em vigor. Os municípios foram habilitados a exercer, por si mesmos, atribuições judiciárias e policiais, "num renascimento do sistema morto desde o fim do século XVII".[567]

Embora o municipalismo tenha sofrido um revés com a lei de 1º de outubro de 1828, que colocava as câmaras municipais como meros órgãos administrativos sem poder exercer qualquer jurisdição contenciosa, o Código de Processo deu ao município autonomia, reativando o juiz de paz com poderes de amplitude maior do que os traçados pela Constituição, reconhecendo-o como agente conciliador de litígios e pré-instância judicial, que, sendo eletivo tinha como função primordial aplainar divergências e evitar conflitos (artigos 161 e 162).

A primeira instância, pelo Código de Processo de 1832, dividiu-se em três circunscrições: o distrito, entregue ao Juiz de Paz com tantos inspetores quantos fossem os quarteirões do município; o termo, que era composto por um corpo de jurados, um juiz municipal, um escrivão das execuções e os oficiais de justiça; a comarca, que era composta por um a três juízes de direito (dependendo da população da cidade), um deles com o cargo de chefe de polícia.

Os juízes de paz eram eleitos pela população (dentro das regras eleitorais da época) e propunham os nomes dos inspetores de quarteirão que eram escolhidos pela Câmara Municipal. Os juízes municipais, bem como os promotores públicos – que serviam no Termo – eram nomeados pelos presidentes de província, através de lista tríplice, para um mandato de três anos. Os juízes de direito eram escolhidos entre os bacharéis em direito e eram escolhidos exclusivamente pelo Imperador.

566 Constituição de 1824.

567 FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 305.

Essa estrutura trazia problemas gravíssimos: a eleição do juiz de paz, o que efetivamente tinha poderes no dia a dia das pessoas, era feito levando em conta o desejo dos grandes latifundiários que, através deles, expunham todo o seu poder que, desta forma, não tinha rivalidade. Nas palavras de Raymundo Faoro:

> "O salto era imenso: da centralização das Ordenações Filipinas à cópia do localismo inglês. A polícia dos sertões e do interior tornou-se atribuição judiciária e eletiva a autoridade. O júri, manifestação imediata da população nos termos, enfraqueceu, de outro lado, a supremacia judicial. A maré democrática, depois de submergir a regência, chegava a seu alvo: o autogoverno das forças territoriais, que faziam as eleições, recebendo a parte do leão na partilha, o senhorio da impunidade na sua violência e no seu mandonismo. No centro do sistema estava o juiz de paz, armado com a truculência de seus servidores, os inspetores de quarteirão, de triste memória nos anais do crime e da opressão: 'era talvez a terceira autoridade depois da regência e dos ministros'. A autoridade nomeada pelo imperador, o juiz de direito, que se colocaria na função de chefe de polícia nas cidades populosas, não recebeu atribuições. 'Era menos que um juiz de paz. Embaraçado em dar regimento a esse simulacro de autoridade, única de sua nomeação, publicou o Governo o regulamento de 29 de março de 1833, em verdade ridículo, e nem podia deixar de sê-lo, porque o chefe de polícia, único agente do governo, ficava reduzido ao simples papel de andador'."[568]

Contra todo esse poder dos juízes de paz não se podia fazer muito. O Código de Processo havia dado a eles tudo isso. Mesmo os promotores não podiam fazer alguma coisa, sua função era muito diferente

568 *Ibidem*, p. 306 e ss.

das que são atribuídas a eles hoje, na época eles eram apenas funcionários da ordem administrativa, não da ordem jurídica.

Não obstante todos esses problemas, podemos destacar o surgimento de um instituto jurídico importantíssimo para a atual noção de justiça: o *habeas corpus*. Foi no Código de Processo Criminal de 1832 que ele foi expresso pela primeira vez, no artigo 340:

> "Todo cidadão que entender que *elle* ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de hábeas corpus em seu favor."

Em 1841 foi feita uma reforma no Código de Processo Criminal, acabando com a descentralização. Toda autoridade jurídica e policial passou a ser submetida a uma rígida hierarquia, completamente dependente do poder central. Mas a questão de cumulatividade das funções de juiz e chefe de polícia somente foi resolvida em 1871, pelo Decreto nº 4.824, que declarava a incompatibilidade entre o cargo de juiz municipal com o de qualquer autoridade policial (artigo 6º, § 1º, e art. 7º).

4.2. O Ato Adicional

A reforma da Constituição de 1824 estava nos planos dos que derrubaram D. Pedro I. O problema era decidir que tipo de reforma se pretendia. Os Exaltados defendiam o federalismo, com autonomia para as províncias. Os Moderados desejavam acabar com o Conselho de Estado e a vitaliciedade do Senado. Estes últimos conseguiram seu intento negociando com os Exaltados, cedendo em parte para eles e dando forma ao último sopro de liberalidade (ainda que tosca) do período monárquico brasileiro.

O Ato Adicional, promulgado em 6 de agosto de 1834, dava maior importância e deveres aos Conselhos Provinciais, que passavam a ser Assembleias Legislativas; o poder executivo, entretanto, continuava a ser exercido, conforme determinava a Constituição de 1824, por um presidente nomeado pelo Imperador.

É esta a marca do Ato, uma mistura entre centralização e descentralização que resulta em ingovernabilidade. O que a Assembleia Legislativa Provincial decidisse não poderia ser vetado pelo Presidente de Província, mas a Assembleia não poderia legislar livremente,

visto que não poderia prejudicar "as imposições gerais do Estado" (art. 10, § 5º).

O Poder Moderador permaneceu, prova máxima de que descentralizar não era de fato o objetivo e, apesar do Ato Adicional ter extinto o Conselho de Estado (e ter sido retomado assim que D. Pedro II subiu ao trono), o que este, provavelmente, pretendia era não uma federação, mas um governo central forte, tendo em vista a permanência do Poder Moderador, que se misturava com uma certa descentralização através de pequenas concessões de poder para as Províncias.

A permanência da tendência centralizadora se faz presente também na mudança que o Ato efetuou de Regência Trina para Regência Una, eleita com os votos de eleitores de segundo grau com mandato de quatro anos. Com estas características alguns historiadores costumam chamar esse período de "experiência republicana".[569]

4.3. Outras Leis do Período Imperial

Depois do Código Criminal e do Código de Processo outras leis foram promulgadas, como a Lei de 4 de setembro de 1850, que cuidou da repressão do crime de tráfico de escravos; a Lei de 18 de setembro de 1851 relativa a crimes militares; a Lei de 20 de setembro de 1871, que tratava do estelionato e definia os crimes culposos; a Lei de agosto de 1875, que dizia respeito ao direto penal internacional; a Lei de 15 de outubro de 1886, que versava sobre dano, incêndio etc.

Outro marco história da codificação brasileira foi a promulgação, em 1850, do Código Comercial. Marco estranho foi a Lei de Terras de 1850, que explica a situação agrária do país até hoje.

5. Nascimento da Tradição Jurídica Brasileira

O Código Criminal de 1830 e o de Processo de 1832 foram balizas na história jurídica do mundo. Sem dúvida, muitos daquela época (como hoje) pasmaram ao ver pontos tão importantes e liberais na legislação de um país que era não somente muito novo, como também,

569 Esse estado de coisas é interrompido pela ascensão de D. Pedro II ao trono em 1840.

até aquela época sequer tinha uma escola, de fato, de formação de advogados.

Era usual, desde o período colonial, que os filhos de famílias ricas, quaisquer que fossem suas aptidões ou o desejo de seus pais, estudassem fora do país. Assim, nossos primeiros intelectuais com formação acadêmica tinham seus diplomas obtidos na França ou, mais comumente, em Portugal.

Depois da Independência e depois dos primeiros grandes Códigos brasileiros entrarem em vigor, cursos jurídicos começaram a ser criados no Brasil. Os primeiros foram o de Olinda, o de Recife e o de São Paulo. O *curriculum* dessas escolas foram aprovados pelo Decreto de 1825 e,

> "englobavam programas de direito natural e público, análise da Constituição Imperial, direito das gentes e diplomacia (1º ano), direito público eclesiástico (2º ano), direito pátrio civil, direito pátrio criminal, teoria e prática do processo criminal (3º ano), continuação do direito civil, direito mercantil e marítimo (4º ano), economia política e teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império (5º ano)."[570]

Nos anos de 1853 e 1854 o curriculum foi ampliado, incluiu-se o estudo das "Institutas de Direito Romano" e de "Direito Administrativo Pátrio". Essas legislações também transformaram as Academias Jurídicas em Faculdades de Direito que concediam o grau de bacharel formado para os que frequentassem, com aprovação, os cinco anos do curso e davam o título de Doutor a quem defendesse tese. Esse último título era indispensável para a prática do magistério.[571]

Um outro marco importante para os advogados brasileiros foi a fundação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 7 de agosto de 1843, na cidade do Rio de Janeiro. A estrutura que daria o arcabouço para a valorização da formação jurídica estava começando no Brasil.

---

570 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo. São Paulo: Manole, 2002, p. 221.

571 *Ibidem*.

6. A Escravidão e a Lei: Condições e Abolição

Ao se analisar o Brasil e a maior parte de sua história – Colônia, Reino e Império, portanto de 1500 a 1888 –, veremos um elemento formador da Nação brasileira que sempre é deixado de lado nas análises – por mais genéricas que sejam – da legislação do País: o escravo.

E, embora já tenhamos tocado rapidamente nesse assunto quando discutimos a formação do Brasil Colônia, decidimos discuti-lo de maneira mais ampla e, ao mesmo tempo, específica, neste subcapítulo, inserido na discussão sobre o Império, visto que consideramos interessante, para um panorama mais sólido, visualizar o todo das condições dos escravos perante a lei, e a sociedade às leis abolicionistas.[572]

O trabalho escravo não era desconhecido da sociedade portuguesa medieval. Sua fonte eram os muçulmanos capturados durante as Guerras de Reconquista, entretanto, a partir do início das navegações começaram a afluir para Portugal escravos negros trazidos por navegadores e, posteriormente, essa mão de obra tornou-se vital para a realização da obra exploratório-colonizadora portuguesa, constituindo um dos principais meios de ganho da política mercantilista de Portugal.

O escravo é considerado e colocado na posição de mercadoria, portanto sujeito a relações de alienação idênticas a qualquer coisa que possa ser de propriedade de alguém. O escravo não constitui um bem pessoal vinculado, mas é alienável ao arbítrio do proprietário. Assim descreve Jacob Gorender:

> "[...] pelo direito de propriedade que neles tem [...] pode o senhor alugar escravos, emprestá-los, vendê-los, doá-los, transmiti-los por herança ou legado, constituí-los em penhor ou hipoteca, desmembrar da nua propriedade o usufruto, exercer, enfim, todos os direitos legítimos de verdadeiro dono ou proprietário. Como propriedade, está ainda o escravo sujeito a ser seqüestrado, embargado ou arrestado, penhorado, depositado, arrematado, adjudicado, correndo sobre ele todos os ter-

572 Quando tratamos da escravidão na Antiguidade tivemos contato com definições, inclusive legais, do Instituto Escravidão. À guisa de aparelhamento conceitual retomaremos essa definição para, a partir daí, discutirmos o escravo a partir de Portugal e no Brasil.

> mos sem atenção mais do que à propriedade no mesmo constituída."[573]

Ele somente era considerado como bem vinculado quando fizesse, tal qual os animais da fazenda, parte da hipoteca, como acessórios. A comparação no caso dos escravos hipotecados junto com as terras com animais é cabível, posto que a exemplo dos animais, os filhos de escravas nascidos no transcurso da hipoteca também estavam sujeitos à mesma sorte, como as crias dos animais.[574]

A escravidão está baseada na norma de perpetuidade, ou seja, até a morte o indivíduo não perde sua condição, a não ser que seja alforriado por benesse de seu senhor. Entretanto, mesmo no caso da alforria a mentalidade e a legislação indicavam um caminho de dependência estreita que não poderia se extinguir totalmente, mesmo com a libertação do escravo, segundo Sidney Chalhoub:

> "A alforria não significava um rompimento brusco dessa política de domínio imaginária, pois o negro, despreparado para as obrigações de uma pessoa livre, devia passar de escravo a homem livre dependente."[575]

Tanto assim o era que a Ordenação Filipina tinha um título nomeado: "Das Doações e Alforria, que se podem revogar por causa de ingratidão", que afirmava indicando doações e alforrias como sinônimos (e até o eram porque ambos dependem da benevolência de quem dá):

> "As doações puras e simplesmente feitas sem alguma condição, ou causa passada, presente ou futura, tanto que são feitas per consentimento dos que as fazem, e aceitação *daquelles*, a que são feitas, ou do Tabelião, ou pessoa, que *per* Direito em seu nome pode aceitar, logo são firmes e perfeitas, de maneira que em tempo algum não podem ser revogadas. Porém, *aquelles*, a que fo-

573 GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial.** São Paulo: Ática, 1988, p. 67.

574 *Ibidem*, p. 68.

575 CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 135.

> rem feitas, forem ingratos contra os que lhas fizeram, com razão podem *per elles* as ditas doações ser revogadas por causa de ingratidão."[576]

Tornar-se escravo na época moderna no Brasil (ou para o Brasil) era possível de duas maneiras: a primeira era nascer de mulher escrava. Na legislação portuguesa, abundaram leis acerca do tema, assim, seguindo a lógica da analogia entre escravos e animais domésticos, os filhos de escravos eram considerados frutos da propriedade.[577] Aliás, no Brasil era costume chamar o filho de escrava de "cria" e assim o era mesmo na linguagem jurídica, como se pode depreender da Lei de 26 de abril de 1864 e seu Regulamento de abril do ano seguinte.[578]

A segunda forma era a captura feita na África. Na África negra a escravidão já era praticada, mesmo antes do contato com os portugueses, entretanto, era uma escravidão feita pela guerra, onde o indivíduo entrava em um clã em uma condição inferior e com maiores obrigações de trabalho, porém sem cunho mercantil.

A princípio, os portugueses embrenhavam-se África adentro para capturar nativos para vendê-los como escravos, com o passar do tempo essa tarefa foi deixada aos próprios africanos que, interessados nos artigos europeus, transformaram a atividade de captura em uma atividade prioritária.[579] As guerras foram intensificadas, tribos mais fracas eram objetivamente dizimadas e as leis acerca da escravização penal e por dívidas foram acentuadas.

É importante afirmar que, embora esse estado de coisas tenha modificado sobremaneira os objetivos da escravidão entre africanos, eles jamais criaram escravos para venda, a norma de não serem vendidos escravos nascidos na casa sobreviveu a toda e qualquer ambição. O mesmo não se pode afirmar da escravidão instalada no Brasil.

A questão familiar na sociedade patriarcal escravocrata que se montou no Brasil era, no mínimo, ambígua. Enquanto os senhores insistiam em ensinar o Cristianismo aos escravos como forma de

576 Livro IV, título 63.

577 Assim foi no Alvará de 10 de março de 1682, na Lei de 6 de junho de 1755, no Alvará de 16 de março de 1773.

578 GORENDER, J. *Op. cit.*, p. 69.

579 Os produtos que os interessavam eram, principalmente, armas, munição, panos, ferragens, tabaco, trigo, sal, cavalos, aguardente, açúcar, doces e búzios. Estes últimos eram utilizados como moeda pelos africanos.

submetê-los, obrigavam-nos, ao mesmo tempo, a contrariar o que aprendiam por causa de sua condição servil. Assim o era no tocante ao casamento: os senhores preferiam que seus escravos não se casassem, pelo contrário, ligações passageiras eram preferíveis.

Esse estado de coisas não passava despercebido para todos. José Bonifácio apresentou em sua representação à Assembleia Constituinte de 1823 artigos a esse respeito, embora não tenha conseguido converter em lei ou tornar concretas estas ideias:

> "O senhor não poderá impedir o casamento de seus escravos com mulheres livres, ou com escravas suas, uma vez que aquelas que se obriguem a morar com seus maridos ou estas queiram casar com livre vontade."[580]

> "O governo fica autorizado a tomar as medidas necessárias para que os senhores de engenho e grandes plantações de cultura tenham, pelo menos, dois terços de seus escravos casados."[581]

Essa incoerência entre o que se ensinava religiosamente e o que se fazia pela lei e pela ação de fato foi explicada por um viajante, já em 1837:

> "O Evangelho ordena expressamente à mulher: abandonarás teu pai e tua mãe e seguirás teu esposo. Ora, de um casal de escravos casados, o marido desagrada ao senhor, e este quer vendê-lo, mas não à mulher, que fará esta se quiser cumprir o preceito do Evangelho? Resistirá? A força e os castigos separarão infalivelmente o marido da mulher contra os princípios que lhes inculcaram [...]"[582]

A legislação depois da segunda metade do século XIX procurou impedir a separação de cônjuges escravos, uma lei de 1869 indicava

580 Artigo XX. *Apud* COSTA, Emilia Viotti da. **Da senzala à colônia**. São Paulo: Brasiliense, [19 - -], p. 290.

581 Artigo XXI. *Ibidem*, p. 291.

582 Burlamaque, *apud* COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, p. 291.

essa direção, muito embora nem sempre a lei fosse cumprida. A Igreja responsável pela legalidade dos casamentos, somente às vésperas da Abolição tomou partido nessa questão. As "Constituições do Arcebispado da Bahia", de 1885, que regiam quase todas as dioceses do Império afirmavam no título LXXI:

> "Conforme o direito Divino e Humano, as escravas e escravos podem casar com outras pessoas cativas ou livres, e seus senhores não podem impedir o matrimônio nem o uso dele em tempo e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar pior, nem vender para outros lugares remotos, para onde o outro por ser cativo, ou por ter outro justo impedimento não possa seguir, e fazendo o contrário pecam mortalmente [...]"[583]

A ambiguidade dessa sociedade ia a extremos, se considerarmos que a família do senhor era para "uso externo", este geralmente satisfazia-se sexualmente com suas escravas e não havia nada, nem sequer uma lei – ainda que não cumprida – que o impedisse disso. Aliás, a Ordenação Filipina, quando trata de estupro de escravas, é bem clara e o Código Criminal do Império sequer trata do assunto:

> "Todo homem, de qualquer *stado* e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher [...], morra por *ello*. Porém, quando for com mulher que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com *scrava*, não se fará execução, até nol-o fazerem saber e *per* nosso mandado."[584]

Essa situação leva a outra mais abominável, mesmo para os padrões da época: os filhos dos senhores com escravas que eram mantidos em cativeiro pelo seu próprio pai, por um parente dele, ou eram vendidos, isto é, pais auferiam lucro com a venda de seus filhos.

Em vão tentaram alguns incluir na legislação à época da independência um dispositivo que obrigasse o senhor a alforriar a escrava que desse à luz a um filho seu, legislar nesse sentido seria confessar publicamente o que eles mesmos diziam ser uma imoralidade.

583 *Apud* COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, p. 293.
584 Livro V, título 18.

Na década de setenta do século XIX, um acórdão chegou a proibir a venda de filhos naturais com escravas, o senhor seria obrigado a continuar com ambos como seus escravos.[585] Trilhando esse caminho não é de estranhar que acontecessem fatos como o de uma mãe tornar-se escrava do próprio filho quando este era indicado como herdeiro de seu pai. Havia inclusive jurisprudência que evitava a libertação da mãe, vejamos um exemplo:

> "O jornal *A Província de São Paulo*, de 16 de janeiro de 1875, transcreve um parecer do procurador geral da Coroa sobre a apelação cível nº 67, de Amparo, que indagava se deveria ser considerada liberta a escrava, mãe daquele que o respectivo senhor em seu testamento reconheceu por seu filho e instituiu herdeiro. A escrava Luísa, considerada escrava do menor Martinho, requereu nomeação de curador, que em juízo promovesse sua liberdade alegando que sendo mãe do réu, herdeiro dos bens do senhor, não podia ser escrava do mesmo. Juntou documentos, certidões de testamento etc. O juiz de Direito julgou improcedente a ação por considerar que o ajuntamento ilícito do senhor com a escrava não era razão suficiente para impetrar a liberdade desta, e para fundamentar seu parecer apoiou-se na jurisprudência [...]"[586]

Se no que diz respeito à lei que define a própria situação do escravo este é somente propriedade, no tocante à lei penal ele tem uma dúbia situação: é pessoa se for agente do crime e coisa se for vítima. Dessa forma, o escravo poderia responder a um processo caso cometesse algum delito e seu senhor seria indenizado caso o escravo fosse vítima de alguém.

Essa disparidade tornava-se ainda mais evidente se tomarmos em conta a questão do depoimento do escravo que, de fato, nada valia e, muitas vezes, o escravo era colocado na situação de réu no lugar de seu senhor ou de seus parentes.

---

585 COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, p. 295.

586 *Ibidem*, p. 295.

O Código Criminal do Império indica o modo pelo qual as penas deveriam ser aplicadas a escravos:

> "Art. 60. Se o *réo* fôr escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés será *condemnado* da de *açoutes*, e, depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz o designar. O numero de *açoutes* será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de *cincoenta*."

Havia uma lei específica contra o escravo que matasse seu senhor, era a Lei de 10 de junho de 1835, que condenava o homicida à morte, mas o mais comum eram os açoites (que podiam chegar a mais de 300) seguidos do uso, por tempo determinado pela sentença, de ferros no pescoço.

Entretanto, muitas vezes, as penas mais pesadas não eram aplicadas, não por considerarem algo a favor do escravo, mas porque o escravo ao ser penalizado com as galés ou morte daria prejuízo a seu proprietário. No posicionamento dos proprietários descrito por um deputado da Assembleia Legislativa de São Paulo em 1885, que se colocava contra a pena das galés, a pena deveria ser para o escravo, e esse tipo de pena era para o senhor.[587] Essa benevolência na aplicação da pena, que sempre era demonstrada quando o interesse em jogo era o do senhor, não aparecia quando o era do escravo.

As punições, mesmo não penais, aquelas cujo objetivo era disciplinar, tinham requintes de crueldade muito conhecidos por todos e, embora houvesse um acórdão da Relação do Rio de Janeiro de 1º de abril de 1879, que decidia que nenhum escravo pudesse dar queixa contra pessoa alguma, as denúncias contra maus-tratos aumentaram junto com o movimento abolicionista. Entretanto, de um lado a própria legislação aplicava penas cruéis e de outro era quase impossível condenar um senhor, mesmo a lei proibindo que este matasse um escravo. Alguns juízes tentavam, mas eis o que dizia, em 1878, um fazendeiro de Barra Mansa sobre o assunto:

---

587 *Ibidem*, p. 317.

> “Que os lavradores não estejam sujeitos a ser desmoralizados por autoridades como são os juízes municipais, moços inexperientes e precipitados que, à mais leve queixa de um escravo ou de um ingênuo, por ter recebido uma simples e leve correção (indispensável a tais indivíduos para manter a disciplina na fazenda), fazem vir a sua presença os senhores, os repreendem e os deixam desmoralizados [...]”[588]

As sublevações que cresciam em número, conforme crescia o movimento abolicionista, geraram um movimento legislativo que visava refrear estas fugas e rebeliões, bem como reforçar precauções contra essa situação. Assim, em quase todas as províncias passou a ser proibido alugar quartos ou casas sem a licença por escrito dos donos, bem como o escravo que fosse encontrado em qualquer lugar sem um bilhete do senhor seria recolhido na cadeia pública. Os comerciantes eram obrigados a impedir a aglomeração de escravos e era proibida a venda de drogas venenosas, pólvoras ou armas aos cativos.

6.1. As Leis Abolicionistas

É no pensamento Iluminista do século XVIII que podemos encontrar as primeiras ideias contrárias à escravidão, se antes deste movimento a escravidão era vista como um desígnio de Deus, depois passou a ser encarada como uma obra do homem e, portanto podia ser revogada. Antes todos consideravam que a escravidão era uma forma de retirar pessoas da barbárie, depois dos Iluministas, alguns passaram a achar que estava na escravidão a fonte de muitos males e que ela era a barbárie.

Paralelo a essas questões filosóficas, alimentando-se delas e sendo alimentados por elas, estava o interesse econômico de alguns países já capitalistas que passava a ditar regras que não incluíam a escravidão, aliás abominavam-na como um entrave ao seu progresso econômico.

Um paradoxo que, por vezes, vemos na história, o sistema escravista que criara condições para o aparecimento do capitalismo

588 *Ibidem*, p. 312.

industrial oferecendo lucros exorbitantes às Metrópoles, deveria deixar de existir porque a indústria trabalhava com uma mão de obra mais eficaz e mais barata, a assalariada, a massa cativa pareceria um entrave a modernização dos métodos de produção. O escravismo, como peça fundamental do regime monopolista, que em nada interessava às Nações capitalistas, deveria ser exterminado.

Mas os escravistas tinham argumentos a favor do cativeiro, para eles a escravidão era benéfica ao negro que seria civilizado e conheceria o Cristianismo. Outros argumentavam que era um mal necessário já que confundindo, como fazem alguns de nossa elite ainda hoje em dia, seus interesses com os interesses da Nação, a falta de braços escravos levaria o Brasil (ou seja eles) à bancarrota.

Mas a pressão inglesa se fez sentir, e a pressão popular também. A Inglaterra que até o século XVIII estivera total e irremediavelmente engajada no tráfico e nos lucros advindos da escravidão era, no século XIX, uma potência – que por interesses mais econômicos que humanitários – visceralmente antiescravista. Em 1807, o Parlamento inglês aboliu o tráfico de escravos nas colônias britânicas, foi a linha de partida para a Inglaterra tornar-se a paladina da emancipação dos escravos.

Já no Tratado de 1810 entre D. João e a Inglaterra (já analisado por nós) havia uma cláusula que obrigava o então Príncipe Regente a proibir o tráfico negreiro "em outra alguma parte da Costa da África que não pertença atualmente aos domínios de Sua Alteza Real".[589] Cinco anos mais tarde, em Viena, a Inglaterra conseguiu que D. João proibisse seus vassalos de comercializar escravos ao norte da linha do Equador; foi o Tratado de 1815.

Como complemento do Tratado de 1815 veio a Convenção de 1817 que sancionou um novo princípio no direito europeu: em tempo de paz haveria o direito de visita e busca em navios mercantes suspeitos de tráfico de escravos. O julgamento seria feito por duas comissões mistas, uma em solo inglês e outra em territórios portugueses.

Quando da independência do Brasil, a Inglaterra utilizou a necessidade do país em ter o reconhecimento de sua autonomia e conseguiu incluir no acordo uma cláusula que indicava que o tráfico seria extinto três anos após a ratificação de um novo acordo sobre o assunto, o que ocorreu em 13 de março de 1827, depois desse período o tráfico seria tratado como pirataria.

589 QUEIROZ, Suely R. Reis de. **A abolição da escravidão.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, [198-], p. 22.

Portanto, a partir de 1830, seria ilícito o tráfico de escravos e a Inglaterra, para garantir essa proibição permaneceu pressionando de tal modo que em 1831, ainda na Regência foi votada a lei de 7 de novembro de 1831, em que o Brasil se comprometeria a eliminar, definitivamente o comércio de escravos de sua economia. Era previsto inclusive que aqueles que trouxessem escravos para o país seriam incursos no artigo 179 do Código Criminal:[590]

> "Art. 179. Reduzir à escravidão a pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade. Pena: de prisão por três a nove *annos*, e de multa correspondente à terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, do que o do *captiveiro* injusto, e mais uma terça parte."

Resultado prático dessa lei: nunca tantos escravos foram traficados para o Brasil quanto depois que promulgaram uma lei que proibia tal ato, um aumento de aproximadamente 85% no número de escravos traficados para o Brasil.[591] Esforços isolados existiram com o fim de coibir o tráfico, mas vários recursos eram utilizados para ludibriar a escassa fiscalização: uso de bandeiras de outras nações, envolvimento de populações praieiras pobres etc.

Com a desculpa de minimizar o desagradável fato de que a lei não era cumprida, muitos cogitaram revogar a lei:

> "Interpretando o pensamento dos interesses agrários e do tráfico, Bernardo Pereira de Vasconcelos proporá em 24 de junho de 1835 uma emenda revogando a lei de 7 de novembro de 1831. Não faltaram representações de câmaras municipais dirigidas ao Parlamento no mesmo sentido. A Câmara de Barbacena representava em 26 de junho de 1835, a de Barra Mansa e de Paraíba do Sul redigiam, em agosto, ofícios do mesmo teor. A Assembléia provincial de Minas Gerais solicitou a revogação como 'medida higienizadora', uma vez

590 Além das penas previstas no artigo 179, os traficantes deveriam pagar as despesas para o reenvio dos escravos para qualquer parte da África.

591 Emilia Viotti da Costa indica que houve a entrada de 371.615 escravos no período de 1840-1851. *Op. cit.*, p. 70.

> que o dispositivo legal era reiteradamente violado, sob as vistas das autoridades."[592]

Mas a pressão inglesa aumentava. Em agosto de 1845 o Parlamento britânico aprovou a Lei chamada Bill Aberdeen, que conferia à Marinha inglesa o direito de aprisionar qualquer navio negreiro e dava aos tribunais ingleses do vice-almirantado o direito de julgar os traficantes presos nestas incursões.

Mesmo a ação inglesa contra o tráfico tendo se tornado mais rude ele continuou, um mercador de escravos que conseguisse que a cada um de seus três navios chegasse ao destino já fazia fortuna.

Paralelamente à ação inglesa, já existiam no Brasil muitos que começavam a tomar a causa da abolição para si, a maior parte deles era de homens que, estudando na Europa, conviveram com as ideias iluministas e de modernização econômica já tão comuns no continente europeu. Por exemplo, José Bonifácio tentou apresentar à Constituinte de 1823 projeto para a extinção da escravidão.

6.1.1. A Lei Eusébio de Queiroz

Em março de 1850, o Primeiro Ministro inglês ameaçou o Brasil de cumprir os tratados firmados nem que fosse à ponta da espada, não havia porque duvidar do Ministro Gladstone e, embora a chancelaria do império tenha protestado contra tais ameaças baseando-se nos "sólidos princípios do direito das gentes", o país teve que dar uma resposta.

Com o recrudescimento dessa pressão, alguns setores da economia não colocaram empecilhos para resolver definitivamente a questão do tráfico, mesmo porque os mais poderosos fazendeiros do Império se consideravam momentaneamente bem abastecidos de escravos. Assim a Câmara dos Deputados reformou e emendou em julho de 1850 o projeto do Senado nº 133 de 1837 sobre a repressão do tráfico de africanos e acabou por votar e aprovar a Lei nº 581, a Lei Eusébio de Queiroz.

Por essa lei as embarcações brasileiras que fossem encontradas em qualquer parte e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros ou mares territoriais do Brasil, tendo escravos a

592 COSTA, Emilia Viotti da. *Op. cit.*, p. 71.

bordo ou já os tendo desembarcado, seriam apreendidas e consideradas importadoras de escravos. Estariam envolvidos no crime todos, inclusive os que dessem ajuda ao desembarque ou aqueles que soubessem e não avisassem as autoridades:

> "Art. 1º As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriais do Brasil tendo a bordo escravos, cuja importação *eh prohibida* por Lei de 7 de novembro de 1831, ou havendo-os desembarcado, serão *aprehendidas pellas* autoridades, ou *pellos* navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos.
> *Aquellas* que não tiverem escravos a bordo nem os houverem na proximidade desembarcado, porém que se encontraram com sinais de se empregarem no tráfico de escravos, serão igualmente *aprehendidas*, e consideradas em tentativa de importação de escravos."

O caráter humanitário dessa lei esbarra no artigo 6º que afirmava que os escravos apreendidos deveriam, às custas do Estado, serem reenviados à África, entretanto, enquanto este envio não fosse feito os apreendidos seriam empregados em trabalhos debaixo da tutela do Governo. Embora houvesse expresso no mesmo artigo que de maneira alguma não seriam entregues a particulares, não foi o que aconteceu. Os africanos, embora considerados livres, eram entregues a um senhor e prestavam serviço a este por quatorze anos, depois destes eram considerados emancipados.

Essa lei teve efetividade muito porque havia apoio de certos círculos agrários ligados ao Governo, muitos senhores endividados, com suas fazendas hipotecadas para negreiros viram no cumprimento dessa lei uma forma de escapar das dívidas.

6.1.2. A Lei do Ventre Livre

O fim do tráfico negreiro trouxe consequências econômicas e ideológicas para o país, as econômicas podem ser traduzidas como um momento de modernização com a era Mauá e um surto industrial muito

ajudado pela Tarifa Alves Branco de 1844.[593] Várias indústrias tinham surgido na década de 50, e os trilhos da primeira ferrovia brasileira já podiam ser vistos. Uma nova pequena elite surgia; a conciliação, marca da política do segundo reinado, era cada vez mais difícil.

A mudança ideológica foi, em muito, auxiliada pelo impedimento de importação de escravos, visto que, com o fim do tráfico, a região sudeste passou a comprar escravos do norte que falia. Essa transferência gerou uma dupla consequência: agravou a situação do norte e não resolveu a situação do sul, entretanto no norte amadurecia o sentimento abolicionista.

A política dos que viam esse movimento abolicionista crescer era clara, um nada fazer:

> "Em 1865, solicitado a levar ao Parlamento a discussão da questão servil, o Marquês de Olinda, então Ministro do Império e Chefe do Gabinete, respondia que só uma palavra que deixasse perceber a idéia de emancipação, por mais adornada que fosse, abriria a porta a milhares de desgraças. Não tocar no assunto, evitar o debate de tão melindrosa a questão; quando isso não fosse possível, deixar correr os projetos sem nada fazer para sua aprovação; essas eram as estratégias usadas pela maioria dos parlamentares [...]"[594]

Essa atitude de nada adiantava, o movimento abolicionista crescia, a condenação da escravidão tornava-se cada vez mais lógica. Depois da Guerra de Secessão dos Estados Unidos, somente o Brasil

593 Desde os tratados de 1810 com a Inglaterra, que reduziram os direitos alfandegários a 15% *ad valorem* (e que foram renovados em 1827 por quinze anos), a principal fonte de recursos financeiros do Estado brasileiro estava muito restringida, essa situação tornou-se mais grave ainda com as concessões comerciais feitas a países europeus e aos Estados Unidos, por conta do reconhecimento da Independência. Paralelo a isso, o Brasil, até como consequência da dependência adquirida com a Inglaterra desde a estada de D. João, não tinha quase nenhuma produção interna, de sabão a velas, tudo era importado, o que gerava um déficit na balança comercial muito difícil de resolver. Buscando resolver essas questões, foi criada a Tarifa Alves Branco (que era na verdade um decreto do Ministro da Fazenda Manuel Alves Branco). Segundo esse decreto, os produtos importados que tivessem similares nacionais pagariam 60% de imposto de importação, os que não tivessem similares pagariam 30%.

594 COSTA, Emilia Viotti da. **A abolição**. 4. ed. São Paulo: Global, 1988, p. 39.

como país independente e as colônias espanholas Porto Rico e Cuba mantinham a escravidão. O número de associações abolicionistas crescia, a grande imprensa discutia a questão.

Mas a resistência por parte dos fazendeiros era muito forte. Para se ter uma ideia em 1867, o então presidente do Conselho de Ministros incluiu ao Parlamento uma proposta que visava acabar com a escravidão totalmente no último dia do século, portanto, trinta e três anos depois e, mesmo com essa previsão tão larga quanto absurda, a grita dos fazendeiros representados pelos outros conselheiros foi tamanha que os partidos que se opunham no Parlamento se uniram para rejeitar a proposta. O argumento era o mesmo de sempre: isto arruinaria a economia do país e daria margem a conflitos sociais de "proporções incalculáveis".

A guerra do Paraguai só veio a aumentar as tensões, alguns escravos foram mandados à guerra pelos senhores que ambicionavam comendas e títulos, outros enviaram escravos no seu lugar ou no de seus filhos. Esses atos acabaram por gerar uma incoerência que consistia em fazer lutar pelo país quem era considerado pelo mesmo como coisa, o que acabou derivando em um Decreto a 6 de novembro de 1866, que dava liberdade aos escravos designados para o serviço do exército. Isso pode não parecer nada hoje em dia, visto que poucos escravos ganharam com esse decreto a liberdade, mas na época foi de grande repercussão, pela primeira vez havia alforria imposta pelo Estado.

Tal estado de coisas fez aumentar a pressão popular e estrangeira a favor da abolição e acabou colocando a questão abolicionista na ordem do dia. Em 12 de maio de 1871, o governo apresentou o projeto que daria liberdade aos filhos das escravas: a Lei do Ventre Livre. Todo o debate que se seguiu à apresentação desse projeto era centrado na questão de se estar ou não violando o princípio constitucional do direito de propriedade, mas o Senador negro Torres Homem, político famoso de origens modestas afirmava que a propriedade de escravos era uma monstruosa violação de direito natural.

O projeto não era unanimidade nem entre os abolicionistas, muitos deles consideravam-no conservador demais com resultados lentos demais, mas este era o ponto em que se apoiavam os defensores do projeto. "Antes esta do que a emancipação total!", afirmavam argumentando que esta era uma maneira de fazer acalmar os ânimos dos abolicionistas e, ao mesmo tempo, fazer a emancipação de uma maneira tão gradual que os fazendeiros teriam anos ou mesmo décadas para se preparar.

Em 28 de setembro a Lei nº 2.040, a Lei do Ventre Livre, foi aprovada pelas duas casas do Parlamento brasileiro. Uma lei emancipacionista? Uma vitória dos abolicionistas? Ou uma lei que visava jogar um "balde de água fria" naqueles que defendiam a abolição, desarticulando o movimento e empurrando o problema para depois? Infelizmente as respostas a essas questões são tão desagradáveis quanto uma legislação feita para não funcionar poderia ser ao frustrar os anseios de um povo. Analisemos essa lei.

No artigo primeiro, o mais conhecido, está escrito:

> "Art. 1º: Os filhos da mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre."

E o caráter libertário da lei para por aí... No primeiro parágrafo desse mesmo artigo já se indica que não serão de fato livres os filhos de escravas que nascerem a partir da data da lei. Eles ficarão em poder dos senhores que terão a obrigação de mantê-los até a idade de oito anos. Depois dessa idade, o proprietário ou entregava a criança ao Estado recebendo a quantia de 600$000 como indenização, ou ficaria com o liberto (tinham a coragem de chamá-lo assim) até os vinte e um anos, e até lá o rapaz ou a moça seriam obrigados a trabalhar por seu sustento:

> "§ 1º: Os ditos filhos menores ficarão em poder e sob a autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá a opção, ou de receber do Estado a indenização de 600$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 anos completos. No primeiro caso o governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indenização pecuniária acima fixada será paga em títulos de renda com o juro anual de 6%, os quais se considerarão extintos no fim de trinta anos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de trinta dias, a contar daquele em que o menor chegar à idade de oito anos e, se a não fizer

> então, ficará entendido que opta pelo arbítrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor."

Na opção de serem entregues ao Estado, poderíamos supor que a criança estivesse de fato livre, mas não se trata disso:

> "Art. 2º O governo poderá entregar a associações por ele autorizadas os filhos das escravas, nascidos desde a data desta lei, que sejam cedidos ou abandonados pelos senhores delas, ou tirados do poder destes em virtude do Art. 1º, § 6º.
> § 1º As ditas associações terão direito aos serviços gratuitos dos menores até a idade de 21 anos completos e poderão alugar esses serviços [...]"

A Lei do Ventre Livre foi ineficaz tanto quanto ela nasceu para ser, mesmo o pouco que se tinha como "vantagens" na lei para o escravo era descaradamente burlado pelos senhores, muitos meninos e meninas acabaram nascendo com um ano ou mais de idade...

6.1.3. A Lei dos Sexagenários

A Lei do Ventre Livre tinha dado ensejo para debates acalorados e a opinião pública participou destes pela imprensa ou por grupos abolicionistas que proliferavam. Os lugares onde se encontravam os abolicionistas era o ponto de convergência de jovens, novos políticos, profissionais liberais, artistas, moças casadoiras.

O abolicionismo passou a ser o assunto do momento, uma causa cristã que falava de filantropia. Ser abolicionista era ser identificado como moderno, favorável ao progresso e à civilização:

> "Ao iniciar-se a década de oitenta, o abolicionismo ganhava novo ímpeto, principalmente nos núcleos urbanos. Pessoas levando cartazes em favor da emancipação dos escravos desfilavam pelas ruas das capitais e outros centros urbanos, nas várias províncias. Por toda parte, faziam-se coletas em prol da campanha e promoviam-se comícios e conferências. Alguns chegavam mesmo a incitar os escravos à violência e à rebeldia.

> Improvisavam-se tribunas nas praças, distribuíam-se panfletos apregoando que a escravidão e a propriedade do escravo era um roubo."[595]

A agitação popular chegou ao auge no Ministério Dantas quando este apresentou um projeto de lei para libertação de escravos idosos. Estudantes manifestavam-se nas capitais, jangadeiros em Fortaleza, vereadores de algumas câmaras municipais também, a multidão apoiava os protestos. Os fazendeiros reagiam protestando na Câmara dos Deputados e com petições ao Parlamento contra tamanha agitação, abolicionistas das pequenas cidades eram perseguidos.

O projeto não tinha grandes consequências, libertava os pouquíssimos escravos que conseguiam chegar a seis décadas de vida, homens e mulheres que tinham restrita capacidade de trabalho, mas era uma emancipação sem indenização, o que poderia abrir portas para o que os senhores mais temiam: perder sua fortuna, quase toda ela concentrada no capital aplicado em compra de mão de obra escrava.

O presidente da Câmara, antiabolicionista por convicção e interesse, renunciou abrindo uma crise parlamentar, o Ministério foi dissolvido apesar do apoio da imprensa e dos grupos abolicionistas. Novas eleições foram marcadas e, apesar do empenho dos abolicionistas a máquina dos fazendeiros funcionou e eles obtiveram a maioria. Um novo ministério foi formado e apresentou o projeto anterior com modificações, principalmente no tocante a indenizações. Um projeto dito emancipacionista que incluía em seus artigos penas severas a quem protegesse escravo fugido.

Esse projeto tornou-se a Lei nº 3.270, conhecida como Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários, que no seu artigo 3º parágrafo 10º, preconizava:

> "§ 10º São libertos os escravos de 60 anos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta lei, ficando, porém, obrigados a titulo de indenização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de três anos."

595 *Ibidem*, p. 63.

A indenização estava salvaguardada por três anos de trabalho de quem foi escravizado por toda vida ou então por pagamento em dinheiro:

> "§ 12º É permitida a remissão dos mesmos serviços, mediante o valor não excedente à metade do valor arbitrado para os escravos da classe de 55 a 60 anos de idade."

Mas o escravo não estaria realmente livre, seria obrigação do senhor "cuidar" dele até sua morte salvo se o juiz decidisse o contrário:

> "§ 13º Todos os libertos maiores de 60 anos, preenchido o tempo de serviço de que trata o § 10º, continuarão em companhia de seus ex-senhores, que serão obrigados a alimentá-los, vesti-los, e tratá-los em suas moléstias, usufruindo os serviços compatíveis com as forças deles, salvo se preferirem obter em outra parte os meios de subsistência, e os Juízes de Órfãos os julgarem capazes de o fazer."[596]

Cuidar de um escravo doente e velho era algo que os senhores quase nunca faziam, com ou sem lei, e leis já existiam antes da Saraiva-Cotegipe nesse sentido, como, por exemplo, a Lei Provincial nº 14, artigo 43, que afirmava:

> "Todo o senhor que, dispondo de meios suficientes, abandonar seus escravos moféticos, leprosos, doidos, aleijados ou afetados por qualquer moléstia incurável e que consentir em que eles mendiguem, sofrerá 300$000 de multa e será obrigado a recebê-los com a necessária cautela, sustentá-los e vesti-los."[597]

596 Artigo 3º.

597 A lepra era muito comum assim como verminoses, que os faziam comer terra, tosses, febres que, por ignorância ou crueldade eram "tratadas" com a mesma pena para embriaguez, isto é, os escravos eram obrigados a usar máscaras de zinco.

E, pela Lei dos Sexagenários, mesmo aqueles que conseguiam com o juiz a chance de viverem longe de seus senhores não poderiam ir onde desejassem:

> "§ 14º É domicílio obrigado por tempo de cinco anos, contados da data da libertação do liberto pelo fundo de emancipação, o município onde tiver sido alforriado, exceto o das capitais."
>
> "§ 15º O que se ausentar de seu domicílio será considerado vagabundo e apreendido pela polícia para ser empregado em trabalhos públicos ou colônias agrícolas."[598]

A análise final dessa lei deixaremos a cargo de Emilia Viotti da Costa:

> "A Lei dos Sexagenários foi uma tentativa desesperada daqueles que se apegavam à escravidão para deter a marcha do progresso. Mas era tarde demais. O povo tinha arrebatado das mãos da elite a direção do movimento. A Abolição se tornara uma causa popular e contava com o apoio não só de amplos setores das camadas populares, como também importantes setores das classes médias e, até mesmo, representantes das elites."[599]

6.1.4. A Lei Áurea

Os abolicionistas cresciam em número, o movimento se agigantava no país, mas o golpe de misericórdia veio mesmo dos próprios escravos que, com o auxílio dos abolicionistas, começaram a abandonar as fazendas causando o caos no trabalho e tornando a situação insustentável. O desespero tomou conta dos escravistas que em vão tentaram incluir o exército no combate às fugas e rebeliões. A saída era

---

598 Artigo 3º Mesmo depois dos cinco anos o liberto não poderia sair da província que se encontrava quando da libertação. (§ 19º)

599 COSTA, Emilia Viotti da. **A abolição**, *op. cit.*, p. 70 e ss.

única: a abolição, muitos fazendeiros que haviam lutado contra a emancipação também viram isto.[600]

Em 13 de maio de 1888 a Princesa Isabel, regente na ausência de D. Pedro II, promulgou a lei que com simplicidade aboliu a escravidão no país:

> "A Princesa Imperial Regente em nome de sua Majestade o Imperador o Senhor D. Pedro II faz saber a todos os seus súditos do Império que a Assembléia Geral Decretou e Ela sancionou a Lei seguinte:
> Art. 1º É declarada extinta desde a data desta Lei a escravidão no Brasil.
> Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário.
> Manda portanto a todas as autoridades que o conhecimento e execução da referida Lei pertencer que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nela se contem.
> O Secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas e Interino dos Negócios Estrangeiros, Bacharel Rodrigo Augusto da Silva, do Conselho de Sua Majestade o Imperador o faça imprimir, publicar e correr.
> Dado no Palácio do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1888, 67º da Independência e do Império.
> Princesa Imperial Regente
> Rodrigo A. Da Silva."

600 Nem todos. Cinquenta anos depois da abolição, um descendente de fazendeiros afirmava: "os abolicionistas eram os comunistas de hoje, sempre prontos a repartir o alheio."

CAPÍTULO XVI
REPÚBLICA VELHA

1. A Proclamação da República e a Constituição de 1891

A ideia de República não era o objetivo ideológico da maioria da população do Brasil, aliás, a proclamação pegou a maioria de surpresa e outros tantos foram varridos como adeptos de última hora por não verem outra saída.

Uma parte da elite considerava que o governo monárquico não mais atendia a seus interesses, principalmente depois da abolição. Os latifundiários, principalmente do Vale do Paraíba paulista, desejavam maior apoio do governo em questões que este, sendo o monárquico, não poderia ajudar, pois estava empenhado em manter, ao menos em parte, a estrutura de outra parte da elite, "os Barões do Café".

Outros latifundiários que anteriormente morreriam para defender a Monarquia mostravam-se apáticos e decepcionados porque a abolição sem nenhum ressarcimento foi, para eles, um golpe de morte e falência e, antes de tudo, uma traição do governo.

Havia um consenso geral de que não haveria um terceiro reinado, a Princesa Isabel era vista com desconfiança, principalmente por ser casada com um estrangeiro. Mas o Movimento Republicano estava longe de ser popular, a maioria da população apoiava o Regime Monárquico que havia acabado com a escravidão.

A proclamação da República foi portanto e de fato (sendo redundante) apenas uma proclamação, na frase de José Murilo de Carvalho: "E a proclamação, afinal, resultou de um motim de soldados com o apoio de grupos políticos da capital".[601]

A República nasceu de um golpe militar. O Exército, descontente com os sucessivos ministérios, tendo tomado consciência de seu poder como único corpo nacional depois da Guerra do Paraguai derrubou o governo com uma parte da classe dominante aplaudindo o feito por

---

601 CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia. das Letras, 1987, p. 13.

acreditar que caso isto não corresse dessa forma poder-se-ia dar ensejo à participação popular através de uma rebelião.

O Governo Provisório, montado na noite de 15 de novembro, decretou o regime republicano federalista e em sua primeira proclamação o Governo assegura a continuidade da administração pública, tanto civil quanto militar, bem como da justiça. Afirma também que respeitará os direitos individuais e confirma continuar respeitando os acordos e compromissos firmados pelo regime anterior.

Vê-se, por esse documento, uma preocupação urgente com a continuidade de forma a não criar uma brecha no poder onde grupos pudessem iniciar uma luta ou até uma revolução de fato.

> "Concidadãos! O povo, o Exército e a Armada *nacionaes*, em perfeita comunhão de sentimentos com os nossos concidadãos residentes nas províncias, acabam de decretar a deposição da dinastia imperial e conseqüentemente
> a *extincção* do *systema monarquico representativo*.
> Como resultado imediato desta revolução nacional, de *character* essencialmente patriótico, acaba de ser *instituído* um governo provisório, cuja principal missão é garantir a ordem publica, a liberdade e o direito do cidadão.
> Para comporem este governo, enquanto a nação soberana, pelos seus *órgams* competentes, não proceder à escolha do governo definitivo, foram nomeados pelos chefes do poder executivo os cidadãos abaixo *assignados.*
> Concidadãos!
> O governo provisório, simples agente *temporário* da soberania nacional, é o governo da paz, da liberdade, da fraternidade e da ordem.
> No uso das atribuições e faculdades *extraordinárias* de que se acha investido para a defesa da integridade da pátria e da ordem publica, o governo provisório, por todos os meios ao seu alcance, promete e garante a todos os habitantes do Brasil, *nacionaes e extrangeiros*, a segurança da vida e da propriedade, o respeito aos direitos *individuaes* e políticos, salvas, quanto a estes, as

> limitações exigidas pelo bem da pátria e pela legitima defesa de governo proclamado pelo povo, pelo Exército e pela Armada *nacionaes*.
> Concidadãos!
> As *funcções* da justiça *ordinaria*, bem como *as funcções* da administração civil e militar, continuarão a ser exercidas pelos *orgams* até aqui existentes, com relação aos *actos* na plenitude dos seus *effeitos*; com relação às pessoas, respeitadas as vantagens e os direitos adquiridos por cada *funccionario*.
> Fica, porém, abolida, desde já, a vitaliciedade do Senado, e bem assim abolido o Conselho de Estado. Fica dissolvida a *Camara* dos Deputados.
> Concidadãos!
> O governo provisório reconhece e acata todos os compromissos nacionaes, *contraidos* durante o r*egimen* anterior, os tratados subsistentes com as potencias *extrangeiras*, a dívida pública externa e interna, os *contractos* vigentes e mais obrigações legalmente *estatuidas*.
> [Ass.] Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório; Aristides da Silveira Lobo, ministro do Interior; Ruy Barbosa, ministro da Fazenda e interinamente da Justiça; tenente-coronel Benjamin Constant Botelho de Magalhães, ministro da Guerra; chefe de esquadra Eduardo Wandenkolk, ministro da Marinha; Quintino Bocayuva, ministro das Relações Exteriores e interinamente da Agricultura, *Commercio* e Obras Públicas."

No mesmo dia foi baixado um decreto que mudava o nome do país para Estados Unidos do Brasil e que instalava o sistema federativo, autorizava os estados a elegerem seus constituintes. Entretanto, enquanto essas providências não fossem tomadas, caberia ao Governo Provisório indicar os governadores. No mesmo sentido centralizador, o mesmo decreto afirmava que teria a tarefa de legislar enquanto não se reunisse uma Assembleia Constituinte, da mesma forma que caberia ao Governo Provisório o comando de forças armadas para a defesa do novo regime.

“O Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do *Brazi*l decreta:

Art. 1º – Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação *brazileira* a Republica Federativa.

Art. 2º – As províncias do *Brazil,* reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do *Brazil*.

Art. 3º – Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará *opportunamente* a sua Constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos *locaes*.

Art. 4º – Enquanto, pelos meios regulares, não se proceder à eleição do Congresso Constituinte do *Brazil* e bem assim à reeleição das legislaturas de cada um dos Estados, será regida a nação *brazileira* pelo Governo Provisório da Republica; e os novos Estados pelos Governos que hajam proclamado ou, na falta destes, por governadores delegados do Governo Provisório.

Art. 5º – Os governos dos Estados federados adotarão com urgência todas as providências necessárias para a manutenção da ordem e da segurança pública, *defeza* e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos, quer *nacionaes*, quer *extrangeiros.*

Art. 6º – Em qualquer dos Estados, onde a ordem pública for perturbada e onde faltem ao governo local meios eficazes para reprimir as desordens e assegurar a paz e tranqüilidade públicas, efetuará o Governo Provisório a intervenção necessária para, com o apoio da força publica, assegurar o livre exercício dos direitos dos cidadãos e a livre acção das autoridades constituídas.

Art. 7º – Sendo a Republica Federativa *Brazileira* a forma de governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação livremente expressado pelo sufrágio popular.

> Art. 8º – A força pública regular, representada pelas três armas do Exército e pela Armada nacional onde existam guarnições ou contingentes nas diversas províncias, continuará subordinada exclusivamente dependente do Governo Provisório da Republica, podendo os governos l*ocaes*, pelos meios ao seu alcance, decretar a *organisação* de uma guarda *civica* destinada ao policiamento do território de cada um dos novos Estados.
> Art. 9º – Ficam *egualmente* subordinadas ao Governo Provisório da Republica todas as repartições civis e militares até aqui subordinadas ao governo central da nação *brazileira*.
> Art. 10 – O território do Município Neutro fica provisoriamente à administração imediata do Governo Provisório da República e a cidade do Rio de Janeiro constituída, também, provisoriamente, *séde* do poder federal.
> Art. 11 – Ficam encarregados da execução deste decreto, na parte que a cada um pertença, os secretários de Estado das diversas repartições ou ministérios do *actual* Governo provisório."

Era, trocando em miúdos, o decreto que faltava para completar um quadro muito claro: o de uma ditadura militar. Uma ditadura na medida em que não havia nenhum órgão legislativo funcionando desde que a Câmara foi fechada e a Constituição de 1824 deixava de viger.

Essa "Ditadura Provisória" estava apoiada, a princípio, na força do Exército e não se deparava com significativos movimentos de oposição, mas, mesmo assim, para neutralizar qualquer fantasma possível ou imaginário houve a imposição de medidas duras de censura. A Família Real foi banida por decreto e vários indivíduos suspeitos foram presos, de fato, as prisões cautelares foram muitas.

O ato mais forte dessa ditadura foi a criação da Comissão Militar de Sindicâncias e Julgamentos, um tribunal de exceção, com direito, inclusive, de decretar pena de morte. No artigo primeiro de tal ato, o governo apresentava de maneira ambígua os que considerava criminosos e passíveis de serem punidos com a pena para sedição:

> "Os indivíduos que conspirarem contra a República e o seu governo; que aconselharem ou promoverem por palavras escritas ou atos, a revolta civil e a indisciplina militar; que tentarem o suborno ou a aliciação de qualquer gênero sobre soldados e oficiais, contra seus deveres para com os superiores e a forma republicana; que divulgarem nas fileiras do Exército e da Armada noções falsas e subversivas, tendentes a indispô-los com a República; que usarem de embriaguez para insubordinar os ânimos dos soldados; serão julgados militarmente por uma comissão militar nomeada pelo ministro da Guerra e punidos com as penas de sedição."[602]

Essa forma de redação favorecia, inclusive a abertura de processos contra a imprensa que, durante a vigência desse ato preferiu deixar de comentar os atos do Governo. Mesmo assim muitos foram condenados à morte.[603]

No dia 22 de junho de 1890, depois de muitas pressões, Deodoro decidiu convocar as eleições para a Assembleia Constituinte, que deveria legitimar o governo republicano. Um conjunto de decretos datados de fevereiro e junho de 1890 disciplinaram a qualificação dos eleitores, a votação e a apuração, entretanto, o cerne dessa matéria – quem poderia ou não ser eleitor – já havia sido regulamentado no decreto nº 6, de 19 de novembro de 1889. De um modo geral, não há mudanças com relação ao sistema adotado desde a reforma eleitoral do Império:

> "Foram considerados eleitores, todos os cidadãos brasileiros, no uso dos seus direitos civis e políticos, que soubessem ler e escrever. Desta forma, manteve-se a proibição quanto aos analfabetos, introduzida na lei de 1881. A qualificação eleitoral seria feita por uma junta composta pelo juiz de paz, pelo subdelegado e por um cidadão

602 Ato de Criação da Comissão Militar de Sindicâncias e Julgamentos, *apud* MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil República**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 27.

603 MONTEIRO, H. M. *Op. cit.*, p. 28.

> nomeado pelo presidente da Câmara ou Intendência Municipal. A mesa que presidiria a votação seria a mesma que faria a apuração, tão logo aquela terminasse [...]"[604]

As eleições para a Constituinte não foram portanto representativas, estima-se que pouco mais de uma centena de milhares de pessoas sabiam ler e escrever e às mulheres era vedado o direito de voto. Não por omissão delas, muitas foram as que participaram com ardor da campanha republicana por anteverem (até pela recusa dos republicanos em se posicionarem sobre o assunto para contar justamente com esse apoio), a possibilidade de participação em sufrágios.[605]

O poder local, como ganhava feições no Império, avançava cada vez mais sua ingerência que, de mãos dadas com o poder público municipal, davam aos grandes fazendeiros a possibilidade de fazer o que bem entendessem. Dessa forma, foi eleita a Assembleia Constituinte, mais ligada aos interesses dos grandes latifundiários que aos interesses militares ou ditatoriais de Deodoro, embora este último tenha feito de tudo para que isso não ocorresse:

---

604 *Ibidem*, p. 29.

605 Pode ser citada, entre outras, a sufragista Josefina Álvares de Azevedo, que em sua revista "A Família" (1888 – 1897) combatia com uma lógica inexorável a negação por parte dos governantes do direito de cidadania às mulheres que poderia começar através da possibilidade de voto. À guisa de exemplo, indicaremos um artigo de Josefina intitulado "O Direito de Voto": "Agora mesmo foi agitada esta questão em Minas, em vista do requerimento de duas senhoras que pretenderam a inclusão de seus nomes no alistamento da paróquia de Barbacena, e que, depois de favorável despacho do juiz de direito da comarca [não havia lei que as impedisse], foram mandadas excluir do alistamento, em acórdão da Relação de Ouro Preto. Para dar uma idéia nítida das razões fúteis dessa decisão, e da singular e absurda doutrina em que se funda, transcreverei em seguida os considerandos apresentados: 'Considerando que, conquanto pareça, à primeira vista, que todos devem ter o voto ativo, a faculdade eleitoral, o direito de intervir no exercício dos poderes delegados, a razão e o interesse público não podem deixar de necessariamente admitir as incapacidades resultantes do sexo, da menoridade, da demência, e da ausência das habilitações que convertessem o voto em um perigo social.' (Marquês de São Vicente, Dirt. Pub., vol. 1º, tit. 1º, § 2º, nº 252). Estes considerandos encerram doutrina tão insensata, que não poderiam prevalecer em um tribunal qualquer, se a inteligência dos julgadores não estivera obscurecida pelo preconceito arraigado, filho do preconceito secular que nos tem mantido em um estado de dependência afrontosa do critério dos homens em todas as nossas relações sociais [...]" (Josefina Álvares de Azevedo. **O direito de voto, A Família**. Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1889, p. 1).

> "Do Rio de Janeiro partiam para os Estados as listas com os nomes dos 'candidatos' a serem 'eleitos' senadores ou deputados [...]"[606]

A Constituinte foi, por causa disso, mais um foco de oposição ao Governo de Deodoro que a Instituição que se deu ao trabalho de elaborar, num todo, uma Constituição. Muito antes de a Assembleia Constituinte iniciar seus trabalhos o governo já havia traçado as linhas principais (e muitas das secundárias também) da Constituição de 1891.

O Governo Provisório nomeou uma Comissão de juristas, chamada Comissão dos Cinco que, a partir de janeiro de 1890 começou a elaborar o projeto constitucional. Cada um dos cinco deveria elaborar uma proposta em separado, mas dois deles resolveram trabalhar em conjunto e o presidente da Comissão não apresentou projeto algum. Restaram três propostas que, submetidas em 24 de maio de 1890 à apreciação do Governo, passaram a ser revistas pelos Ministros, na casa de Rui Barbosa. Ele mesmo explica como foram os trabalhos:

> "Diariamente me davam S. Ex$^{\underline{as}}$ a satisfação de reunir-se em minha casa, às 2 horas da tarde, ali colaboravam todos comigo até às 5 e meia e, depois de jantarmos juntos ali mesmo, dirigíamonos, reunidos, a Itamarati, onde eu, por delegação de todos os meus colegas presentes, funcionava no caráter de seu vogal perante o Chefe do Estado, justificando, como intérprete do pensamento deles, o nosso projeto constitucional. Isso durante 12 ou 15 dias. Assim se fez a Constituição."[607]

Dos noventa artigos da Constituição, setenta e quatro pertenciam ao projeto de Rui Barbosa, intactos ou levemente modificados.[608] De fato, muito pouco foi discutido pelos constituintes acerca da Constituição. Nas palavras de Agenor de Roure:

---

606 SILVA, Hélio apud MENDES Jr., Antonio; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). **Brasil história: texto e consulta – República Velha**. São Paulo: Hucitec, 1991, vol. 3, p. 154.

607 BARBOSA, Rui. *Apud* FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a Constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985, p. 2.

608 *Ibidem*, p. 2.

> "O desejo de apressar a votação da Constituição, para que o país entrasse quanto antes no regime legal [...] levou os constituintes a só discutirem os pontos principais do projeto – a organização federativa, a discriminação de rendas, a unidade do direito, a dualidade da magistratura, o sistema da eleição presidencial, a liberdade religiosa, a organização dos Estados e alguns outros, tendo havido não poucos requerimentos de *rolha* para o encerramento do debate [...]"[609]

1.1. Alguns Pontos da Constituição de 1891

1.1.1. A República Federativa dos Estados Unidos do Brasil

Enquanto a Constituição anterior era marcadamente de influência francesa, a de 1891 teve grande influição da Constituição Norte-Americana. Não é de estranhar portanto que o Brasil fosse, a essa época e constitucionalmente legalizado os "Estados Unidos do Brasil", uma República Federativa de regime representativo:

> "Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil."[610]

Era República porque, o que se considerava como povo, estaria exercendo o poder, representativa, pois governantes seriam eleitos de forma a representar os interesses do "povo" e federativa porque os Estados teriam autonomia:

> "Art. 63. Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União."

---

609 ROURE, Agenor de. *Apud* CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história:** origem e reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993, p. 310.

610 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

A divisão de poderes é estabelecida e elimina-se o Poder Moderador, ficando apenas os três clássicos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário:

> "Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si."

1.1.2. O Poder Executivo

O Executivo seria composto pelo Presidente da República, sendo o Vice-Presidente indicado pela Constituição, relativamente ao Poder Executivo como um mero substituto:

> "Art. 41. Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação.
> § 1º Substitui o Presidente, no caso de impedimento, e sucede-lhe, no de fato, o Vice-Presidente, eleito simultaneamente com ele."

A atribuição efetiva do Vice-Presidente dada pela Constituição de 1891 é relativa ao Poder Legislativo. Ele seria o Presidente do Senado, exclusivamente com voto de qualidade:

> "Art. 32. O Vice-Presidente da República será Presidente do Senado, onde só terá voto de qualidade, e será substituído, nas ausências e impedimentos, pelo vice-presidente da mesma Câmara."

1.1.3. O Poder Judiciário

O Poder Judiciário foi montado, nesse início de República, baseado no sistema dual, dando início à tradição dualista no Brasil. Tal sistema é composto pelo Poder Judiciário Federal e pelos poderes judiciários estaduais que acabaram por assim serem organizados até pelo modelo federativo a que se propunha o país e a Constituição.[611]

611 No Império, o sistema era baseado na unidade e na centralização.

Dessa forma, separaram-se as justiças estaduais da Justiça Federal, indicando a atribuição de cada uma delas e em que situações haveria interferência da segunda sobre as primeiras.

> "Art. 61. As decisões dos juízes ou tribunais dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:
> 1) habeas corpus;
> 2) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado.
> Em tais casos, haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal."

> "Art. 62. As justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos tribunais federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças, ou ordens. E, reciprocamente, a justiça federal não pode intervir em questões submetidas aos tribunais dos Estados, nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição."

A Justiça Federal ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal em seu ápice, mas deixou em aberto a possibilidade do Congresso criar tantos juízes e tribunais Federais quantos considerassem necessários:

> "Art. 55. O Poder Judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar."

O Supremo Tribunal Federal tinha jurisdição ordinária e de recurso, bem como a de revisão. Assim ao Supremo Tribunal Federal foi determinada a competência exclusiva para conhecer certos assuntos em instância única, não sendo possível os juízes inferiores tratarem destas matérias. No máximo, eles somente poderiam praticar diligência quando solicitados, é a chamada jurisdição ordinária.

Para outras causas o Supremo Tribunal Federal seria a instância superior que, em grau de recurso, confirmaria ou reformaria as deci-

sões, a isso se dá o nome de jurisdição de apelação. Extraordinariamente poderia ainda rever sentenças de últimas instâncias proferidas pelas justiças dos estados e os processos findos em matérias crime.[612]

Mais ainda, a Constituição de 1891 coloca o Supremo Tribunal como o guardião da Constituição, bem condizente com o pensamento de Rui Barbosa:

> "Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
> 1) processar e julgar originária e privativamente:
> a) o Presidente da República, nos crimes comuns e os ministros de Estado nos casos do art. 52;
> b) os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
> c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
> d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
> e) os conflitos dos juízes ou tribunais federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juízes e tribunais de um Estado com os juízes e os tribunais de outro Estado;
> 2) julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;
> 3) rever os processos findos, nos termos do art. 81.
> § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
> a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratado e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;
> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
> [...]"

612 BARBALHO, João Uchoa Cavalcanti. *Apud* ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **Estado e Poder Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 143.

> "Art. 60. Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar:
> a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
> b) todas as causas propostas contra o governo da União ou fazenda nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo;
> c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pelo governo da União contra particulares ou vice-versa;
> d) os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;
> e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
> f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;
> g) as questões de direito marítimo e navegação, assim no oceano como nos rios e lagos do país;
> h) as questões de direito criminal ou civil internacional;
> i) os crimes políticos."

Interessante indicar que, nos primeiros tempos do Supremo Tribunal Federal, as questões submetidas a este eram acompanhadas pela população que comparecia aos julgamentos, aplaudindo ou vaiando as teses defendidas.[613]

Ainda relativamente ao Poder Judiciário a Constituição de 1891 consagra a utilização da Jurisprudência, tanto federal quanto estadual, indicando explicitamente a necessidade do uso destas. Assim, afirma o Artigo 59, § 2º:

---

613 BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 32.

> "Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União."

Os crimes militares teriam foro específico, com um Supremo Tribunal Militar:

> "Art. 77. Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares.
> § 1º Este foro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.
> § 2º A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão regulados por lei."

1.1.4. O Poder Legislativo

O Poder Legislativo foi, por essa Constituição, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, tendo estes o exercício sob a sanção do Presidente da República:

> "Art. 16. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.
> § 1º O Congresso Nacional compõe-se de dois ramos: a Câmara dos Deputados e o Senado."

Os membros desse poder teriam imunidade parlamentar ampla, não restrita a atos que cometessem no exercício de suas funções, incluídos aí crimes comuns. O processo contra deputados e senadores passaria, então pela aprovação prévia da casa a que este pertencesse.

> "Art. 20. Os Deputados e os Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste

> caso, levado o processo até pronúncia exclusive, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.”

Para se eleger, o indivíduo deveria ter algumas precondições, como tempo de cidadania brasileira e idade mínima para senadores:

> “Art. 26. São condições de elegibilidade para o Congresso Nacional:
> 1) estar na posse dos direitos de cidadão brasileiro e ser alistável como eleitor;
> 2) para a Câmara, ter mais de quatro anos de cidadão brasileiro, e para o Senado mais de seis.
> [...]
> Art. 30. O Senado compõe-se de cidadãos elegíveis nos termos do art. 26 e maiores de 35 anos, em número de três Senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, eleito pelo mesmo modo por que forem os Deputados.”

Dentre as atribuições do Legislativo, estava a de legislar sobre Direito Civil, Criminal, Comercial e Processual da Justiça Federal (art. 34, inciso 23). A forma pela qual essas leis seriam feitas, levando em conta as duas casas parlamentares e o Presidente da República, é explicitada pelo Capítulo V dessa Constituição:

> “Art. 36. Salvas as exceções do art. 29, todos os projetos de lei podem ter origem indistintamente na Câmara, ou no Senado, sob a iniciativa de qualquer de seus membros.”

> “Art. 37. O projeto de lei adotado numa das câmaras será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.
> § 1º Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional, ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, de-

> volvendo-o, nesse mesmo prazo, à Câmara onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.
> § 2º O silêncio do Presidente da República no decêndio importa a sanção; e, no caso de ser esta negada, quanto já estiver encerrado o Congresso, o Presidente dará publicidade às suas razões.
> § 3º Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí se sujeitará a uma discussão e a votação nominal, considerando-se aprovado, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara, que, se o aprovar pelos mesmos trâmites, e pela mesma maioria, o enviará, como lei, ao Poder Executivo, para a formalidade da promulgação."

1.1.5. O Sistema Eleitoral

Quanto às eleições, pode-se destacar não somente o que a Constituição indicava, como também é interessante notar algumas peculiaridades do sistema eleitoral durante a República velha.

Nesse sentido, iniciando a análise pela Constituição de 1891, a entrada no processo eleitoral, como eleitor, se dava de forma voluntária, ou seja, não era mais obrigatório o alistamento, tampouco era necessário renda mínima, porém o eleitor não poderia ser analfabeto em um sentido absoluto, como a prática demonstrou, visto que saber desenhar o nome era o suficiente para o alistamento eleitoral.

O eleitor não poderia ser também mendigo, nem religioso de ordem religiosa, nem praça de pré. A idade mínima para o alistamento eleitoral era de 21 anos:

> "Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, que se alistarem na forma da lei.
> § 1º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais, ou para as dos Estados:
> 1) os mendigos;
> 2) os analfabetos;
> 3) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;
> 4) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações, ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência,

> regra, ou estatuto, que importe a renúncia da liberdade individual.
> § 2º São inelegíveis os cidadãos não alistáveis."

Um aspecto interessante dado pela Constituição à eleição nos municípios, foi a autonomia que cada estado tinha em deliberar sobre a matéria. Dessa forma, houve uma grande variação quanto ao processo eleitoral dos municípios:

> "Art. 68. Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse."

Dessa forma, do nome do chefe do executivo municipal à forma deste chegar a tal posto, a multiplicidade de maneiras foi enorme. Nas palavras de Jairo Nicolau:

> "Em alguns estados havia eleição para chefe do Executivo (o nome variava de acordo com o estado: prefeito, intendente, superintendente, agente do executivo) em todos os municípios. Em Minas Gerais (entre 1903-30) e no Rio de Janeiro (até 1920), o presidente da Câmara era responsável pela função executiva. Em alguns Estados (Ceará e Paraíba) todos os prefeitos eram indicados pelo governador. Em outros, havia indicação para os prefeitos de capitais, estâncias hidrominerais e cidades com obras e serviços de responsabilidade do estado."[614]

Uma nova lei, posterior à Constituição, tornou a questão ainda mais caótica do ponto de vista do objetivo de ser eleitor, isto é, ter independência para decidir quais serão os seus representantes. Essa lei, elaborada pelo Congresso e promulgada em 1892, estabeleceu novas regras para o alistamento, que passou a ser feito em cada município por diversas comissões de cinco eleitores escolhidos pelos membros dos governos municipais. Dessa forma, a nova lei facilitou o

614 NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 28.

controle das facções majoritárias locais sobre o processo de alistamento, o que, obviamente e infelizmente, deu margem a fraudes e manipulações de todas as formas.[615]

As eleições, de qualquer nível, eram feitas de maneira a facilitar a fraude. O candidato não precisava estar cadastrado, não precisava pertencer a nenhum partido, as cédulas eleitorais não eram oficiais (muitas vezes eram utilizadas as cédulas dadas pelos cabos eleitorais ou recortadas de jornais) e, principalmente, o voto não era secreto.

1.1.6. As Novidades da Constituição de 1891

Essa Constituição previu a mudança da capital federal para o Planalto Central, os argumentos para tal empreitada variavam desde uma melhor defesa da capital, que estando longe da costa ficaria mais protegida, até o de que, retirando a capital da República da cidade do Rio de Janeiro, conseguir-se-ia afastar a administração pública da "balbúrdia do populacho", conforme afirmação atribuída ao presidente Campos Sales:

> "Art. 3º Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada, para nela estabelecer-se a futura Capital Federal."

Previu também o estabelecimento da separação entre Estado e Igreja, dando, ao menos no papel, liberdade de culto ao país:

> "Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:
> [...]

615 *Ibidem*, p. 28. A Lei de 1904 mudou a composição das comissões de alistamento, mas não eliminou a influência da política local. Somente em 1916 o judiciário passou a ter novamente responsabilidade exclusiva pela qualificação dos eleitores nas eleições federais.

> § 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.”

Essa independência, embora pareça uma questão secundária, à primeira vista, para o cotidiano das pessoas foi extremamente relevante, principalmente quando foi coroada com o parágrafo seguinte do mesmo artigo (72), que instituía o casamento civil:

> “Art. 72, § 4º: A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

Até essa Constituição todo controle da vida civil estava, objetivamente, sob o controle da Igreja Católica. Os registros de nascimento, através dos assentos de batismo, eram dados por ela, o de casamento e o de morte também. No caso específico do casamento, havia duas legislações, uma civil outra eclesiástica, mas somente a última era considerada legítima:

> “Quer dizer, o Estado brasileiro [durante o Império], seguindo a tradição portuguesa, delegava à Igreja Católica a tarefa de organizar todas as etapas da vida dos habitantes do país, cabendo a ele legislar sobre as propriedade e heranças delas advindas. [...] Para além dos problemas causados por essa ligação perigosa, havia também o fato de ela trazer implícita a consideração de que a população brasileira era composta única e exclusivamente por católicos.”[616]

Isso significava, em última instância, que a união de dois cônjuges não católicos não tinha qualquer valor legal antes do parágrafo 4º do artigo 72 da primeira Constituição republicana deste país.[617] Isso gerava questões absurdas, como problemas acerca dos bens de um casal não católico e indagações que principiavam grandes celeumas,

---

616 GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 38.

617 Durante o Império houve uma tentativa de regulamentar essas uniões não católicas, mas nada foi efetivado.

como o debate acerca do instituto do casamento ser uma ato civil ou religioso.

Outro ponto que merece destaque é a constitucionalização do *habeas corpus* e a indicação de parâmetros um pouco mais claros acerca da legalidade da prisão e do princípio da Ampla Defesa:

> "Artigo 72: [...]
> § 13. À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronúncia do indiciados, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.
> § 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir.
> § 15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.
> § 16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas.
> [...]
> § 22. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder."

O Princípio da Individualidade das Penas também é coroado no parágrafo 19 do artigo 72 e a Constituição, no mesmo artigo, dá por encerrada a discussão acerca da pena de morte abolindo-a junto às penas de banimento e de galés:

> "§ 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

> § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra."

A questão de marcas e patentes também começa a surgir nessa Constituição.

> "Art. 72:
> [...]
> § 25. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prazo razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento.
> § 26. Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.
> § 27. A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica."

2. O Código Penal de 1890

Mesmo antes da Proclamação da República havia uma tentativa de reformar o Código Criminal de 1830 que, por força da Abolição da Escravatura, estava em desacordo com a nova realidade social. Nesse sentido, uma comissão de deputados, a partir de 1888, já estudava uma reforma e acabou por indicar que melhor seria refazer todo o código.

Com a Proclamação da República o trabalho foi temporariamente interrompido, sendo logo retomado por iniciativa de Campos Salles, que na época era Ministro da Justiça do Governo Provisório da República.

O Governo Provisório já caminhava em direção a mudanças, abolindo as Penas de Galés e reduzindo para trinta anos as penas perpétuas pelo Decreto nº 774 de setembro de 1890. No mês seguinte foi implementado o novo Código Penal.

Talvez pela urgência com que foi feito (basicamente três meses), talvez por não ter sido discutido com maior amplitude, esse Código

sofreu as mais duras críticas possíveis desde o momento em que entrou em vigor.[618]

Muitas leis foram feitas na tentativa de suprir as falhas do Código Penal de 1890 e muitas tentativas de reforma também. Essas tentativas são tão sequenciais que vale a pena enumerar os anos para que se tenha uma noção: buscou-se ou cogitou-se, sem êxito, reformas no ano de 1910, 1912, 1913, e em 1927 houve o Projeto do Desembargador Sá Pereira que, embora extremamente elogiado, tampouco foi aprovado.

2.1. Alguns Pontos do Código Penal de 1890

O Código Penal define de imediato que segue o Princípio da Legalidade e o Princípio da Territorialidade para os crimes, eliminando as interpretações extensivas para a qualificação dos mesmos:

> "Art 1º Ninguém poderá ser punido por *facto* que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou *applicar-lhes* penas."

> "Art. 4º A lei penal é *applicada* a todos os indivíduos, sem *distincção* de nacionalidade, que, em território *brazileiro,* praticarem *factos* criminosos e puníveis."

Crime e Contravenção foram explicados nesse Código, sendo diferenciados um do outro não pelo pressuposto da pena, mas apenas por definição, podendo inclusive causar alguma confusão tanto relativamente a um quanto a outro, principalmente se tomarmos a doutrina atual.[619]

---

618 Alguns o apontavam como sendo "o pior de todos os códigos conhecidos", outros diziam que o Código colocava o legislador republicano em "posição vexatória". PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

619 "Não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social. Assim, um fato que hoje é contravenção pode no futuro vir a ser definido como crime." JESUS, Damásio E. **Direito Penal** – Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 152.

> "Art. 7º Crime é a violação imputável e culposa da lei penal."

> "Art. 8º Contravenção é o *facto* voluntário punível, que consiste unicamente na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e dos regulamentos."

As penas a serem aplicadas eram variadas e definidas pelo artigo 43, muitas delas confundem-se entre si, tendo características extremamente semelhantes. As penas podiam ser de "prisão celular", que contaria com trabalho obrigatório; o "banimento", que privaria o condenado de seus direitos de cidadão. Nesse último caso, o indivíduo condenado não poderia habitar o território nacional pelo tempo que indicasse sua pena e caso ele o fizesse a pena seria comutada para reclusão (art. 46).

A "reclusão" era uma pena que deveria ser cumprida em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares, conforme indicava o artigo 47. Já a "prisão com trabalho obrigatório" seria cumprida ou em estabelecimentos militares ou em prisões agrícolas (art. 48).

Ainda o artigo 43 indicava também como penas a "*interdicção*", pela qual o indivíduo ficaria interditado, proibido de algumas ações; a "suspensão e perda de emprego público", geralmente aplicado a agentes públicos que cometiam crimes no exercício de suas funções; e a multa. Algumas penas poderiam ser aplicadas juntas, como o exemplo a seguir:

> "Art. 141. Incendiar plantações, colheitas, lenha cortada, pastos, ou campos de fazenda de cultura, ou estabelecimentos de criação, *mattas*, ou florestas pertencentes a terceiros ou à Nação.
> Penas – de prisão *cellular* por um a três *annos* e multa de 5 a 20% do *damno* causado."

Outra pena indicada era exclusiva para menores de 21 anos:

> "Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos *industriaes especiaes*, onde serão recolhidos os menores até a idade de 21 *annos*."

Qualquer que fosse a pena, entretanto, ela jamais poderia ser "infamante", bem como se tornavam proibidas no Brasil – assim como expressara o Decreto de setembro de 1890 (citado anteriormente) – as penas restritivas de liberdade de caráter perpétuo. O limite da restrição de liberdade, adotado a partir de então no país, passou a ser de trinta anos:

> "Art. 44. Não ha penas infamantes. As penas *restrictivas* da liberdade individual são temporárias e não excederão de 30 *annos*."

O Código previa a Progressão da Pena, bem como livramento condicional. Nesse sentido, dependendo do comportamento do preso, tendo cumprido seis anos da pena prevista e sendo esse tempo, no mínimo, a metade do tempo destinado na sentença, ele poderia ser transferido para um regime considerado um pouco melhor e, no caso de bom comportamento nesse outro regime, poderia haver o livramento condicional caso faltassem apenas dois anos para ainda cumprir.[620]

> "O *condemnado* à prisão *cellular* por tempo excedente a seis *annos* e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, afim de *ahi* cumprir o restante da pena.
> § 1º *Si* não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde *sahiu*.
> § 2º *Si* perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, *comtanto* que o restante da pena a cumprir não exceda de *dous annos*."

O artigo 27 desse Código define a imputabilidade. Este é um dos mais discutidos artigos do Código, visto que os parágrafos terceiro e quarto, redigidos como o foram, abrem a possibilidade de "toda a sorte de abusos".[621]

---

620 Pelo Código Penal usado atualmente haverá progressividade da execução de acordo com o mérito do condenado, nos termos do art. 33, § 2º.

621 MAGALHÃES NORONHA *apud* PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 75 (nota de rodapé).

> "Art. 27. Não são criminosos:
> § 1º Os menores de 9 *annos* completos;
> § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, se obrarem sem discernimento;
> § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;
> § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de *intelligencia* no *acto* de *commeter* o crime;
> § 5º Os que forem *impellidos* a *commter* o crime por violência *physica irresitivel*, ou ameaças acompanhadas de perigo *actual;*
> § 6º Os que *commeterem* crime casualmente, no exercício ou prática de qualquer aço lícito, feito com atenção ordinária;
> § 7º Os surdo-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação, nem *instrucção*, salvo provando-se que obraram com discernimento."

Entre os crimes arrolados pelo Código Penal de 1890, estão aqueles que impediriam o livre culto de religiões que foi garantido pela Constituição de 1891. Assim:

> "Art. 185. Ultrajar qualquer confissão religiosa, vilipendiando acto ou objecto de seu culto, desacatando ou profanando seus *symbolos* publicamente.
> Pena: de prisão *cellular* por um a seis *mezes*."

> "Art. 186. Impedir, por qualquer modo, a celebração de cerimônias religiosas, *solemnidades* e ritos de qualquer confissão religiosa, ou *perturbal-a* no exercício do seu culto.
> Pena: prisão *cellular por dous mezes* a um *anno*."

Entretanto, ao que parece, os legisladores não consideravam o espiritismo e algumas de suas práticas como religião. Embora haja indicação que o uso de sortilégios para enganar seja crime, o que é dotado de lógica, o artigo 157, partindo do pressuposto que a magia

funciona, indica como criminoso o uso desta para despertar ódio e amor, curar doenças etc.:

> "Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar *talismans* e cartomancias, para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, *emfim*, para fascinar e *subjulgar* a credulidade *publica*. Pena: de prisão *cellular* por um a seis meses, e multa de 100$000 a 500$000."

Um dos artigos mais interessantes desse Código é o de número 166. Na República Velha, em que o voto de cabresto e a ordem do Coronel eram sinônimos de política, o legislador preocupou-se em elaborar um artigo que se tornou hilário por pressão da realidade que o impedia de ser levado de fato, a sério:

> "Art. 166. Solicitar, usando promessas ou ameaças, votos para certa e determinada pessoa, ou para esse fim comprar votos, qualquer que seja a eleição a que se proceda. Penas: de prisão *cellular* por três *mezes* a um *anno*, e de privação dos direitos políticos por dois *annos*."

O crime de falso testemunho não foi previsto no Código Criminal do Império, apesar da legislação anterior, a Ordenação Filipina indicá-lo definindo como pena o degredo para o Brasil. No Código Penal de 1890 há a previsão desse delito, sendo que o Código diferencia as penas dependendo em que tipo de causa houve o falso testemunho.[622]

> "Art. 261. Asseverar em juízo, como testemunha, sob juramento ou *affirmação*, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre *circumnstancias essenciaes* do *facto* a respeito do qual *depuzer*.

622 No Código de Processo Civil (art. 415, parágrafo único) em vigor atualmente é indicado que o falso testemunho é crime, cabendo portanto a mesma sanção prevista no Código Penal em seu artigo 342. Esse mesmo artigo indica que se o indivíduo se arrepender antes da sentença o fato deixará de ser punível (§ 3º).

> § 1º Si a causa, em que se prestar o depoimento, *fôr* civil:
> Pena – de prisão *cellular* por três *mezes* a um *anno*.
> § 2º Si a causa *fôr* criminal e o depoimento para a absolvição do *accusado*:
> Pena – de prisão *cellular* por seis *mezes* a *dous annos*.
> § 3º Si para a *comndenação*:
> Pena – de prisão *cellular* por um a seis *annos*."

O crime de estupro ainda era diferenciado para "mulheres honestas" e prostitutas. Quando a vítima era uma mulher pública a pena era menor do que se a vítima fosse considerada "honesta", como no código anterior do Império. Se bem que, em comparação com este, a pena do estuprador de prostituta tenha aumentado.[623]

Interessante é notar que, tendo em vista os avanços científicos, o legislador tenha tido o cuidado de nomear elementos químicos capazes de auxiliar o estupro, indicando, para a época, os mais novos meios de facilitação para o cometimento deste delito:

> "Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
> Pena – de prisão *cellular* por um a seis *annos*.
> § 1º *Si* a estuprada *for* mulher pública ou prostituta:
> Pena – de prisão *cellular* por seis *mezes* a *dous annos*.
> [...]"

> "Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violência, de uma mulher, seja virgem ou não.
> Por violência entende-se não só o emprego da força *physica*, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades *psychicas*, e assim da

623 Segundo Mirabete, atualmente "sujeito passivo do crime de estupro é a mulher, seja ela virgem ou deflorada, honesta, recatada ou liberada, prostituta, solteira, casada, viúva, separada, divorciada, velha ou moça. Trata-se de proteger o direito individual da mulher, no caso a livre disposição do próprio corpo." MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.431.

> possibilidade de resistir e defender-se como sejam o *hypnotismo*, o *chloroformio*, o *ether*, e, em geral, os *anesthesicos* e narcóticos."

O adultério tem o mesmo tratamento que no Código Criminal do Império, ou seja, incorre nesse delito a mulher casada que se deitar simplesmente com outro homem e o marido, somente comete tal crime se estiver mantendo outra mulher. Ainda como no Código Criminal, se houver, durante qualquer tempo, aquiescência dos cônjuges impede a denúncia.

3. O Código Civil de 1916

Desde a Independência do Brasil via-se a necessidade de codificar os vários ramos do direito que pudessem normatizar a vida do país. Assim o foi, tanto que na Constituição de 1824 havia a previsão de elaboração, o mais rápido possível, de um Código Criminal e um Civil (artigo 179, 18).

O Código Criminal foi feito e bem feito, se levarmos em conta os elogios da época, e a partir de 1830 estava em vigor. Outro Código relativo aos crimes foi elaborado e entrou em vigor no início da República e depois dele outra Constituição e nada de Código Civil. O país ainda era subordinado a leis de uma metrópole que não existia mais, as Ordenações Filipinas e foram precisos quase cem anos para que isso mudasse. Por quê?

Os Códigos Civis que foram feitos após o Código Civil Napoleônico – portanto os que merecem esse nome – tratavam de direitos e deveres de Cidadãos, igualando-os todos, logo Código Civil são leis para o cidadão no tocante a direitos e obrigações de indivíduos com *status* – e tudo o que advém deste. Como definir cidadão em um país com uma maioria esmagadora de escravos como o era no Império?

Para a elaboração de um Código Civil é necessário, antes de tudo, haver uma definição clara de quem são os cidadãos e, assim que definidos, devem contar com a proteção do Código com um todo, já que é, no mínimo, estranho que um indivíduo possa ser parcialmente cidadão. Mas a excentricidade do "meio cidadão" existiu de fato no Brasil sem Código Civil e, portanto, sem parâmetros de cidadania.

> "Durante pelo menos o século XIX, havia pessoas que tinham contratos de compra, venda, aluguel, trabalho, sem serem consideradas pela lei civil [Ordenações Filipinas e Leis extraordinárias] plenamente capazes de fazê-lo, já que exerciam as obrigações mas não dispunham dos direitos correspondentes. Menores trabalhavam, mas não podiam defender-se em juízo. Mulheres casadas geriam fortunas mas não dispunham de livre direito para fazer seus testamentos. Protestantes e judeus não podiam ter seus casamentos reconhecidos pelo Estado, já que não se casavam na Igreja Católica. Escravos urbanos alugavam seus serviços e repartiam os ganhos com seus senhores, mas nem por isso deixavam de ser escravos."[624]

Nessa definição de cidadania, que poderia levar a uma abrangência não muito interessante para uma maioria da elite brasileira, estava o cerne do problema da feitura de um Código Civil no Brasil. Uma definição excludente demais não seria aceita pela maioria dos juristas nacionais, uma demasiadamente abrangente, que pudesse igualar em direitos grandes latifundiários e pessoas do povo, não era cabível para muitos políticos.

Principalmente após a promulgação do Código Comercial – na segunda metade do século XIX – a questão da necessidade de um Código Civil Brasileiro ficou em uma incômoda evidência. Em 1854, o então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo solicitou a um renomado advogado da época, Augusto Teixeira de Freitas, que elaborasse um plano de redação do Código Civil.[625] Teixeira de Freitas, com uma lucidez ímpar, argumentou que o melhor seria iniciar qualquer trabalho acerca de Código Civil partindo do que já se tinha. Dessa forma, ele propôs que se fizesse, primeiramente, uma compilação sistemática da legislação existente e assim foi feito.

Terminada a tarefa da compilação, Teixeira de Freitas foi convidado a escrever o Código Civil e, depois de ter escrito e publicado o

624 GRINBERG, Leila. *Op. cit.*, p. 10.

625 Teixeira de Freitas era Juiz de Direito, advogado reconhecido, membro fundador do Instituto dos Advogados Brasileiros, advogado do Conselho de Estado, aspirante a Jurisconsulto à época.

“Esboço do Código Civil”, em 1867, abandonou essa empreitada alegando incompatibilidade entre sua concepção jurídica e a do governo.

A principal incompatibilidade, aparentemente, estava no fato de o Jurista considerar que fazer um Código Civil sem abranger as relações comerciais seria marcar o Código com um “mal de nascença”, visto que, por já existir um Código Comercial, o Civil estaria sempre subordinado a este.

De 1867 a 1872, o projeto ficou parado, até que o próprio Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo dispôs-se a escrever ele mesmo. Ele faleceu seis anos depois deixando imensa quantidade de notas e rigorosamente nenhum texto.

A partir daí até a contratação de Clóvis Beviláqua, o redator do Código Civil de 1916, os projetos não passaram de tentativas isoladas ou pueris. E, se o Presidente da República, Campos Sales, na década de 90 do século XIX, não desejasse que o Código Civil fosse sua marca na história, provavelmente teríamos tido que esperar mais.

A contratação de Beviláqua no governo de Campos Sales foi cercada de controvérsias e disputas, estas acabaram por influenciar um pouco na demora de aprovação do projeto elaborado por ele. Beviláqua era da Escola do Recife, que adotava uma concepção cientificista do direito, ligando-o à biologia, às ciências naturais e à antropologia. Já seus opositores, entre os quais se destacava o já muitíssimo famoso advogado Rui Barbosa, eram da Academia de Direito de São Paulo, marcada pela militância política e pelo exercício do jornalismo.

No ano de 1990, Clóvis Beviláqua terminou seus trabalhos e passou seu projeto para a Câmara dos Deputados que, através de uma comissão revisora, deveria exprimir um parecer. O parecer foi favorável, mesmo porque o relator da Comissão da Câmara era também oriundo da Escola do Recife, Silvio Romero.

Entretanto, ao chegar ao Senado, para que passasse pelo mesmo processo da Câmara dos Deputados, discussão e proposição de emendas, o processo emperrou. Muitos anos sem nenhum avanço a não ser a alegria de ver Rui Barbosa, por ciúmes ou por cuidado honrado com a língua pátria, discutindo inclusive questões gramaticais de cada ponto mínimo do projeto de Beviláqua.

A discussão somente foi retomada em 1912, quando a Câmara propôs que o projeto fosse adotado enquanto o Senado não tomasse uma posição. Diante de tal desafio político, o Senado aprovou o projeto, aceitando todas as emendas de Rui Barbosa e este voltou para a

Câmara onde foram processados os últimos debates até a aprovação final em 1915. Em 1º de janeiro de 1916 ele foi sancionado e um ano depois o Brasil tinha, depois de quase um século de independência, seu primeiro Código Civil.

CAPÍTULO XVII
ERA VARGAS – 1930 A 1946

1. A Revolução de 1930 e o Governo Provisório

Da Proclamação ao início da década de 20 no século XX, a República foi a expressão da oligarquia dos grandes fazendeiros. São Paulo e Minas Gerais dominavam o cenário político em nível federal com a "política do café com leite", pela qual ora o presidente era paulista (café), ora era mineiro (leite).

Com a Primeira Guerra Mundial, o Brasil sofreu imediatos e profundos revezes, visto que a economia do país era totalmente dependente do mercado externo. Como o governo estava nas mãos dos agroexportadores, estes utilizaram todo o seu poder para continuar, apesar de tudo, a auferir lucros com suas atividades, mesmo que isso significasse prejuízo para a Nação como um todo.

O Convênio de Taubaté (1906) é um bom exemplo – apesar de anterior – do que acima foi exposto. Por ele, o governo compraria todo o estoque de café que não fosse vendido (destruindo se fosse o caso) e compraria parte da produção de tal maneira que conseguisse, com isso, uma diminuição da oferta do produto, assim este se valorizaria. Uma socialização de prejuízos. O Brasil pagaria para que os cafeicultores mantivessem e, até mesmo, aumentassem seus lucros.

A partir de 1910 e durante a Primeira Grande Guerra, somaram-se a desvalorização da moeda brasileira, dificultando as importações de produtos manufaturados, mais os grandes lucros auferidos com a política do café e a crise nesse setor aumentada pela Guerra, para iniciar um crescimento industrial no país. Ao capital nacional acrescentou-se capital estrangeiro com a vinda de subsidiárias de indústrias que posteriormente seriam chamadas de "multinacionais".

No caso dos produtos manufaturados, cada dia menos, o país era dependente do mercado externo, uma boa parcela dos produtos manufaturados do consumo do dia a dia dos brasileiros nacionalizava-se. Os brasileiros – se não for muito estética essa afirmação – nacionalizavam-se também; a Semana de Arte Moderna de 1922 indicava este caminho: uma valorização do nacional em detrimento do que vinha de fora.

Tenentes exigiam mudanças,[626] os novos empresários não viam com muita satisfação a hegemonia dos latifundiários e uma nova força, vista como um novo e forte problema surgia junto com a industrialização: o operariado.

A industrialização gera algumas consequências diretas, como o crescimento da urbanização, surgimento desse novo tipo de trabalhadores e, o que mais incomodava as elites – urbanas e rurais – com a industrialização vem toda uma série de ideologias que justificam e embasam a luta do operariado por dias melhores: o anarquismo, o comunismo, o socialismo. Todos girando em torno de uma possibilidade de organização de operários que seria impensável, até aquele momento, para trabalhadores rurais: o sindicalismo.

Com tudo isso, o Brasil estava diferente, mas nem seus governantes nem suas políticas acompanhavam, ainda que para controle efetivo, essas mudanças. Trabalhadores urbanos que porventura reivindicassem algo eram tratados como bandidos; a questão operária era, de fato, caso de polícia. Desde a Proclamação da República, o país era guiado como se fosse uma imensa fazenda e os coronéis que administravam esse latifúndio não sabiam o que fazer com esses novos elementos e suas necessidades específicas.

No bojo dessa crise política e ideológica, a Crise de 1929 – gerada pelo *Crack* da Bolsa de Nova Iorque – aprofundou o problema econômico, acabando com a base artificial em que se vinha mantendo a lucratividade dos grandes cafeicultores, e a solução no Brasil foi encontrada depois de uma cisão na oligarquia que deu origem à Revolução de 1930.

Na sucessão de 1930 o presidente Washington Luis, que era paulista, não indicou como seu sucessor um mineiro e isso tinha grande importância por causa da política do café com leite, principalmente porque a indicação do presidente era, por meios obscuros, garantia de vitória. Assim descreve o brasilianista Thomas Skidmore:

---

626 "Tenentismo: movimento militar brasileiro que, através de várias rebeliões desencadeadas no período de 1922 a 1930, pretendeu derrubar, pelas armas, três governos e os sistemas políticos que os sustentavam. Entre os objetivos que impulsionaram os jovens militares a essas revoltas estava o desejo de implantação de medidas que consideravam necessárias para moralizar o país, tais como o voto secreto, o ensino público obrigatório, a seriedade administrativa e, principalmente, a derrubada das oligarquias que, há anos, faziam presidentes de acordo com seus interesses. [...] Recentemente, autores têm chamado atenção para um fator novo que teria contribuído, fortemente, para a eclosão do tenentismo; 'o caráter corporativo do exército', a convicção que os militares tinham de sua importância e do papel que estavam destinados – e mesmo intimados – a representar." AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. *Op. cit.*, p. 375.

> "Pela Constituição de 1891, a presidência era o grande prêmio da política nacional. Já que o presidente estava constitucionalmente impedido de suceder a si mesmo, era fatal que houvesse grande agitação política, de quatro em quatro anos, à medida que a liderança situacionista procurava acordo entre os líderes das principais máquinas políticas estaduais para a indicação de um sucessor. Uma vez acertada a indicação, de vez que os governos estaduais tinham poder para dirigir as eleições e não hesitavam em manipular os resultados para enquadrá-los em seus arranjos pré-eleitorais."[627]

O candidato situacionista ganhou, como era de se esperar, mas, como dessa vez, havia uma candidatura de oposição, de parte dessa elite insatisfeita, os resultados foram questionados. Os que duvidavam da lisura da eleição já haviam se utilizado suficientemente da corrupção da máquina eleitoral para saber que nenhuma eleição na República, até então, havia sido correta. De fato, a eleição na República Velha era uma piada de mau gosto:

> "Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se porventura for alistado; ninguém tem certeza do que contém o voto, se porventura votou; ninguém tem certeza que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais."[628]

O inconformismo dos opositores poderia ter amainado com o tempo, mas um acontecimento precipitou o movimento que veio a ser conhecido como Revolução: o assassinato de um dos líderes da oposição,

---

627 SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 21 e ss.

628 BRASIL, Assis (político gaúcho da República Velha). *Apud* NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 35.

o paraibano João Pessoa. O presidente da República, Washington Luis, cada dia mais isolado não pôde se defender, sendo deposto. Getúlio Vargas assumiu a chefia do Governo Provisório e pelo Decreto nº 19.398 do mês de novembro ficaram definidas as atribuições do novo governo – poderes discricionários "em toda a sua plenitude", a dissolução do Congresso Nacional e das Casas Legislativas estaduais e municipais e a suspensão das garantias constitucionais. Afirmava o artigo primeiro desse decreto:

> "O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições não só o Poder Executivo, como também do Poder Legislativo até que eleita a Assembléia Constituinte estabeleça esta reorganização constitucional do país."

1.1. A Organização das Cortes de Apelação do Distrito Federal e a Criação da Ordem dos Advogados Brasileiros

Durante o Governo Provisório, que provisoriamente durou o tempo de um mandato, muitas coisas foram feitas no âmbito do Direito no país. Pelo Decreto nº 19.408, organizou-se a corte de apelações do Distrito Federal. Foram criadas seis câmaras compostas por vinte e dois desembargadores e, no que tange à justificativa dessa reorganização, muito próxima da Revolução está dito em seu preâmbulo:

> "Atendendo à necessidade de prover ao melhor funcionamento da Justiça local do Distrito Federal, fazendo eqüitativa distribuição dos feitos, normalizando o desempenho dos cargos judiciários, diminuindo os ônus aos litigantes, em busca do ideal da justiça gratuita, prestigiando a classe dos advogados, e enquanto não se faz a definitiva reorganização da Justiça, decreta:
> Art. 1º A Corte de Apelação do Distrito Federal, constituída de vinte e dois desembargadores, se compõe de seis Câmaras, sendo a primeira e a segunda criminais, a terceira e a quarta cíveis e a quinta e a sexta de agravos, cada uma com três membros e presididas pelos vice-presidentes originários da Corte.

> Art. 2º A corte de Apelação será presidida por um presidente, as Câmaras criminais pelo primeiro vice-presidente, as cíveis pelo segundo e as de agravo pelo terceiro.
> Art. 3º O presidente, os vice-presidentes e os membros das Câmaras serão eleitos pela Corte de Apelação, sendo aqueles pelo prazo de dois anos, proibidas as reeleições.
> Art. 4º As atribuições da Corte de Apelação e das Câmaras são as definidas na legislação vigente, distribuídos os processos alternada e obrigatoriamente a cada câmara na esfera das suas atribuições criminal, cível e de agravos.
> Parágrafo único. Os feitos serão processados e julgados de acordo com a legislação vigente, aplicado aos julgamentos criminais o disposto no art. 1.169 e parágrafos do decreto nº 16.752, de 31 de dezembro de 1924, sendo sempre julgados em sessão secreta os recursos criminais do Ministério Público, nos processos de crimes inafiançáveis de réu solto."

Por esse mesmo decreto, cria-se a Ordem dos Advogados Brasileiros, com o objetivo principal de disciplinar e selecionar os advogados:

> "Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo."

1.2. O Código Eleitoral de 1932

Para a Nação como um todo e para o seu futuro, o mais importante nesse período foi a promulgação do Código Eleitoral de 1932 pelo Decreto nº 21.076, pelo qual se instituiu a Justiça Eleitoral. Poucos meses depois foram instalados o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais. Mas, o que mais interessava à época e mesmo hoje em dia, se não fosse fato, é que o Decreto instituiu o voto

secreto e possibilitou o voto feminino.[629] Jairo Nicolau descreve o sistema adotado para a instituição do sigilo de voto:

> "O sigilo de voto foi aperfeiçoado com duas medidas. A primeira era a obrigatoriedade do uso de sobrecarta (envelope) oficial, no qual os eleitores deveriam inserir a cédula eleitoral. [...] Assim, evitava-se a prática comum na Primeira República de os partidos utilizarem envelopes de cores, tamanhos e formatos diferentes para controlar o voto dos eleitores. A segunda medida foi a introdução de um lugar indevassável (cuja porta ou cortina deviam estar fechadas) onde o eleitor pudesse colocar a cédula na sobrecarta oficial."[630]

Instituiu também o voto a partir dos dezoito anos e a representação classista nos órgãos legislativos, que discutiremos mais adiante. Outro aspecto inovador do Código Eleitoral foi a exigência de registro prévio dos candidatos antes do pleito. Partidos, aliança de partidos ou grupos de pelo menos cem eleitores tinham que registrar no Tribunal Regional Eleitoral a lista de candidatos, pelo menos cinco dias antes da eleição.

O Código permitiu que o alistamento fosse feito de duas maneiras: por iniciativa do cidadão – como já acontecia na República Velha – ou *ex-officio*. Nesse caso, os chefes das repartições públicas e empresas eram obrigados a inscrever seus subordinados.[631]

2. A Constituição de 1934

O quanto foi possível, Vargas governou "provisoriamente" evitando convocar uma Constituinte. Em 1932, por terem perdido a hegemo-

---

629 O Brasil foi o segundo país da América Latina a dar direito de voto às mulheres, o primeiro foi o Equador em 1929. A Argentina só abriu esta possibilidade de cidadania em 1947, no mesmo ano a Venezuela, o México em 1953. E, mesmo países considerados como centros de democracia e modernidade demoraram vergonhosamente mais a conceder à metade de sua população um direito básico. A França só o fez em 1944, a Itália e o Japão em 1946, a Suíça em 1971 e Portugal em 1974.

630 NICOLAU, Jairo. *Op. cit.*, p. 38 e ss.

631 *Ibidem*, p. 38.

nia política e sob a desculpa de uma legalidade e da necessidade de uma Constituição, o estado de São Paulo iniciou uma guerra civil contra o governo federal chamada Revolta Constitucionalista de 1932.

Em 5 de abril de 1933, foi convocada uma Assembleia Constituinte sendo as eleições – baseadas no novo código eleitoral – realizadas no mês seguinte. Em novembro do mesmo ano a Assembleia foi instalada e os trabalhos se iniciaram.

A composição da Assembleia Constituinte de 1933 representou o ressurgimento das antigas oligarquias estaduais, mas, ao lado destas, estavam também os representantes classistas eleitos pelos sindicatos profissionais. Os sindicatos – patronais e de empregados – após o Código Eleitoral de 1932 elegiam deputados que teriam as mesmas prerrogativas dos demais parlamentares.

No caso específico da Assembleia Constituinte de 1933, ficou estipulado pelo Decreto nº 22.653, de abril de 1933, que seriam quarenta deputados constituintes classistas, vinte representantes de empregadores e vinte de empregados. Estes somente seriam eleitos por sindicatos reconhecidos pelo governo, ou seja, aqueles cujas características estivessem afinadas com o ideal do governo de Vargas. A eleição foi feita de forma centralizada, por meio de delegados previamente escolhidos pelos sindicatos.[632] O Decreto indica:

> "Art. 1º Tomarão parte na Assembléia Constituinte, com os mesmos direitos e regalias que competirem aos demais do seus membros, quarenta representantes de associações profissionais, tocando vinte aos empregados e vinte aos empregadores, nestes incluídos três por parte das profissões liberais e, naqueles, dois por parte dos funcionários públicos.
> Art. 2º Os representantes das associações profissionais de que trata o artigo anterior, respeitadas as condições de capacidade estabelecidas pela legislação eleitoral em vigor, serão escolhidos por eleição, que se realizará, nesta Capital, em data,

632 Para Pontes de Miranda ainda era muito cedo para tentar uma representatividade como esta. Ele propunha a constituição de uma câmara sindical, em paralelo a outra de representação clássica, advogando uma solução intermediária entre a liberal clássica e a fascista. LIMONGI, Dante Braz. **O projeto político de Pontes de Miranda**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 121 e ss.

> hora e local previamente anunciados e sob a presidência do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, de cujas deliberações poderá haver recurso, interposto pelos interessados, para o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, no prazo máximo de cinco dias da data da apuração.
> Art. 3º Só terão direito de voto na eleição determinada no art. 1º os sindicatos que houverem sido reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio até o dia 20 de maio de 1933 e as associações de profissões liberais e de funcionários públicos que estiverem organizadas legalmente até a mesma data.
> [...]
> Art. 6º Os sindicatos reconhecidos de acordo com a legislação em vigor e as associações legais das profissões liberais e dos funcionários públicos elegerão, em sua sede, até o dia 30 de maio de 1933, à razão de um por sindicato ou associação, os delegados que deverão escolher, como prescrevem os artigos anteriores, os respectivos representantes na Assembléia Constituinte."

2.1. Características Gerais do Estado Brasileiro

A nova Constituição foi publicada no Diário Oficial em 16 de julho de 1934. Nela estavam preservados o federalismo, o presidencialismo e o regime representativo:

> "Art. 1º A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada em 15 de novembro de 1889."

> "Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:
> I – para manter a integridade nacional;
> II – para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;
> III – para pôr termo à guerra civil;

> IV – para garantir o livre exercício de qualquer dos poderes públicos estaduais;
> V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;
> VI – para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada;
> VII – para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais."

A autonomia estadual, entretanto, foi ferida de morte por essa mesma Constituição que a consagrou, visto que nas Disposições Transitórias e finais há a possibilidade de permanecer a intervenção da União nos Estados, mesmo após a Constituição, desde que o Governador não seja confirmado pelo Presidente da República:

> "Art. 176. O mandato dos atuais governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais. Esse período se contará da data desta Constituição, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado ao Presidente da República.
> Parágrafo único. O Presidente da República decretará a intervenção nos Estados cujos governadores não tiveram o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos governadores eleitos, que terminarão o primeiro período de governo fixado nas Constituições estaduais."

2.2. A Competência para a Elaboração de Legislação

A Constituição de 1891, com relação a leis de Processo Penal e Civil, descentralizou totalmente a elaboração desses instrumentos. Cada estado poderia ter seus próprios códigos de processo, entretanto, nem todos prepararam suas leis, permaneceram cumprindo os Códigos de Processo do Império.

A Constituição de 1934, embora reconhecesse o federalismo, buscou não exagerar no caso da elaboração de legislação, visto que não havia dado certo a tentativa anterior. Dessa forma, somente a União poderia legislar, conforme indica o artigo 5º:

> "Art. 5º Compete privativamente à União:
> XIX – legislar sobre:
> a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual; registros públicos e juntas comerciais;
> b) divisão judiciária da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e organização dos juízos e tribunais respectivos".

Nas Disposições Transitórias estava indicado que seriam formadas comissões para a elaboração dessa legislação:

> "Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as congregações das faculdades de Direito, as cortes de apelação dos Estados e os institutos de advogados, organizar, dentro em três meses, um projeto de Código de Processo Civil e Comercial, e outra para elaborar um projeto de Código do Processo Penal.
> § 1º O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente.
> § 2º Enquanto não forem decretados esses códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados."

Aos estados restava competência para legislar complementarmente, sem ferir alguns princípios:

> "Art. 7º Compete privativamente aos Estados:
> I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:
> a) forma republicana representativa;
> b) independência e coordenação de poderes;

> c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato;
> d) autonomia de municípios;
> e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
> f) prestação de contas da administração;
> g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
> h) representação das profissões;
> II – prover, a expensas próprias, às necessidades da sua administração, devendo, porém, a União prestar socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar;
> III – elaborar leis supletivas ou complementares da legislação federal, nos termos do art. 5º, § 3º;
> Parágrafo único. Podem os Estados, mediante acordo com o Governo da União, incumbir funcionários federais de executar leis e serviços estaduais e atos ou decisões das suas autoridades."

2.3. Municípios

Os municípios deveriam ter resguardada a sua autonomia, isto é, reforçado pelo artigo 13 que traz também uma contradição a esse princípio de autonomia, visto que, ao mesmo tempo em que a eletividade de prefeitos municipais fica resguardada, esta não é para todos os municípios, os prefeitos de Capitais e Estâncias Hidrominerais podem ser nomeados.

Ainda sobre a questão dos municípios, o parágrafo quarto do artigo 13, indica, sem maiores proteções à autonomia municipal, que a intervenção do Estado pode ocorrer no caso de não pagamento das prefeituras das dívidas para com os estados:

> "Art. 13. Os municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente:

I – a eletividade do prefeito e dos vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;
II – a decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas;
III – a organização dos serviços de sua competência.
§ 1º O prefeito poderá ser de nomeação do governo do Estado no município da Capital e nas estâncias hidrominerais.
§ 3º É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à administração municipal e fiscalização das suas finanças.
§ 4º Também lhe é permitido intervir nos municípios, a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelo Estado, ou falta de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem aplicáveis, as normas do art. 12."

2.4. Poder Executivo Federal

No âmbito federal, o Poder Executivo apresenta uma novidade em comparação a Constituição de 1891 e a maioria das subsequentes, não há vice-presidência:

"Art. 51. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República."

A escolha do Presidente da República seria feita, conforme consagra o parágrafo 1º do artigo 51, por sufrágio direto:

"§ 1º A eleição presidencial far-se-á em todo o território da República, por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos, cento e vinte dias antes do término do quadriênio, ou sessenta dias depois de aberta a vaga, se esta ocorrer dentro dos dois primeiros anos."

Entretanto, a ingerência pessoal de Vargas e daqueles que estavam ao seu lado é evidente nos trabalhos da Assembleia. O diário do presidente mostra a tranquilidade com que ele lida com as manobras políticas para permanecer no poder. Desde o início dos trabalhos constituintes, ele sabia que, sem pressa, não iria deixar a presidência.

Ele afirma em 21 de novembro de 1933: "Continuam, na Câmara, as *démarches* para eleger-me presidente. Aconselho a não se apressarem [...]"[633] E assim o foi, Vargas permaneceria no poder, eleito pela Assembleia, conforme afirma o artigo primeiro das Disposições Transitórias da Constituição de 1934:

> "Art. 1º Promulgada esta Constituição, a Assembléia Nacional Constituinte elegerá, no dia imediato, o Presidente da República para o primeiro quadriênio constitucional.
> § 1º Essa eleição far-se-á por escrutínio secreto e será, em primeira votação, por maioria absoluta de votos, e, se nenhum dos votados a obtiver, por maioria relativa, no segundo turno.
> § 2º Para essa eleição não haverá incompatibilidades.
> § 3º O Presidente eleito prestará compromisso perante a Assembléia, dentro de quinze dias da eleição e exercerá o mandato até 3 de maio de 1938."

Para tudo há justificativa, a qualidade dessa pode ser discutível, mas ela existe. Nesse caso os Constituintes explicaram o fato de terem sido os primeiros a descumprir a constituição que eles mesmos elaboraram afirmando ser melhor manter Vargas porque era conhecido:

> "A Assembléia Nacional Constituinte, sufragando o nome do Sr. Getúlio Vargas, para o exercício da suprema magistratura da República, no primeiro período presidencial [...], não fez mais do que obedecer à lógica [...]. A prática de quaisquer instituições políticas, mesmo quando elaboradas com a preocupação de tornar seu funcionamento

633 VARGAS, Getúlio. **Diário**. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995, p. 248, v. 1.

> o mais independente possível do fator pessoal, representado pela mentalidade e pelo caráter dos estadistas colocados nos postos de suprema direção, fica sempre adstrita a esses elementos imponderáveis que decorrem da personalidade dos homens de governo [...]"[634]

2.5. Poder Legislativo Federal

O Legislativo mantinha-se dividido em Câmara dos Deputados e Senado; no caso da Câmara, estaria estabelecida a continuidade da representação classista:

> "Art. 23. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais, na forma que a lei indicar.
> § 1º O número de Deputados será fixado por lei; os do povo, proporcionalmente à população de cada Estado e do Distrito Federal, não podendo exceder de um por 150 mil habitantes, até o máximo de vinte, e, deste limite para cima, de um por 250 mil habitantes; os das profissões, em total equivalente a um quinto da representação popular. Os Territórios elegerão dois Deputados.
> [...]
> § 3º Os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária, por sufrágio indireto das associações profissionais, compreendidas para esse efeito, com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.
> § 4º O total dos Deputados das três primeiras categorias será, no mínimo, de seis sétimos da representação profissional, distribuídos igualmente entre elas, dividindo-se cada uma em círculos

634 Diário Oficial da União de 17/07/1934, *apud* CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983, p. 562.

> correspondentes ao número de Deputados que lhe caiba, dividido por dois a fim de garantir a representação igual de empregados e de empregadores. O número de círculos da quarta categoria corresponderá ao dos seus Deputados."

Permanece, como na Constituição de 1891, a imunidade parlamentar, chegando ao caso de, mesmo com prisão em flagrante, o presidente da Câmara ter que autorizar a formação de culpa, mesmo para crimes comuns:

> "Art. 31. Os Deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato."
>
> "Art. 32. Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subseqüente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.
>
> § 1º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos Deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ela resolva sobre a sua legitimidade de conveniência, e autorize, ou não, a formação da culpa."

Ao Senado Federal é dado a incumbência de zelar pela Constituição e coordenar os Poderes:

> "Art. 88. Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.
>
> Art. 89. O Senado Federal compor-se-á de dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto, por oito anos, dentre brasileiros natos, alistados eleitores e maiores de 35 anos."

Nesse sentido, caberia ao Senado não somente aprovar a nomeação de magistrados, colaborar na feitura de leis, mas também suspender leis declaradas inconstitucionais pelos tribunais:

> "Art. 90. São atribuições privativas do Senado Federal:
> a) aprovar, mediante voto secreto, as nomeações de magistrados, nos casos previstos na Constituição; as dos ministros do Tribunal de Contas, a do Procurador-Geral da República, bem como as designações dos chefes de missões diplomáticas no exterior.
> b) autorizar a intervenção federal nos Estados, no caso do art. 12, nº III, e os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios;
> c) iniciar os projetos de lei, a que se refere o art. 41, § 3º;
> d) suspender, exceto nos casos de intervenção decretada, a concentração de força federal nos Estados, quando as necessidades de ordem pública não a justifiquem."
>
> "Art. 91. Compete ao Senado Federal:
> [...]
> II – examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais;
> III – propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou eivados de abuso de poder;
> IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;
> [...]
> VII – rever os projetos de código e de consolidação de leis, que devam ser aprovados em globo pela Câmara dos Deputados".

2.6. Poder Judiciário

A Constituição de 1934 estabeleceu como órgãos do Poder Judiciário:

> "Art. 63. São órgãos do Poder Judiciário:
> a) a Corte Suprema;
> b) os juízes e tribunais federais;
> c) os juízes e tribunais militares;
> d) os juízes e tribunais eleitorais."

Com garantias que resguardam a autonomia do judiciário:

> "Art. 64. Salvas as restrições expressas na Constituição, os juízes gozarão das garantias seguintes:
> a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei;
> b) inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público;
> c) irredutibilidade de vencimentos, os quais ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais.
> Parágrafo único. A vitaliciedade não se estenderá aos juízes criados por lei federal, com funções limitadas ao preparo dos processos e à substituição de juízes julgadores."

Foi criada a Corte Suprema em substituição ao Supremo Tribunal Federal.

> "Art. 73. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze ministros."

> "Art. 74. Os ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com

> aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade."

Essa Corte seria responsável por uma das grandes inovações da Constituição de 1934: a ação direta de inconstitucionalidade:

> "Art. 79. É criado um tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de juízes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74.
> Parágrafo único. Competirá a esse tribunal, nos termos que a lei estabelecer, julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário para a Corte Suprema nas espécies que envolverem matéria constitucional:"

> "Art. 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato."

Mas esta não era uma atribuição exclusiva da Corte Suprema. O controle de constitucionalidade poderia também ser exercido pelo Presidente da República:

> "Art. 45. Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo, e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados."

O Ministério Público foi organizado e seus membros, pela Carta de 34, obteriam o cargo por meio de concurso público:

> "Art. 95. O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios, por lei federal, e nos Estados, pelas leis locais.
> [...]
> § 3º Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa."

A Justiça Eleitoral ficou estabelecida no artigo 82:

> "Art. 82. A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º."

2.7. Conselhos Técnicos

A Era Vargas é o momento na história do Brasil em que o Corporativismo toma forma e fôlego. Por essa ideologia (que será explicada mais amiúde na última parte deste capítulo), as questões importantes deveriam ser tratadas por técnicos, afastados – ao menos teoricamente – de questões políticas. Nesse sentido, a Constituição de 1934 cria os Conselhos Técnicos:

> "Art. 103. Cada ministério será assistido por um ou mais conselhos técnicos, coordenados, segundo a natureza dos seus trabalhos, em conselhos gerais, como órgãos consultivos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.
> § 1º A lei ordinária regulará a composição, o funcionamento e a competência dos conselhos técnicos e dos conselhos gerais.

> § 2º Metade, pelo menos, de cada conselho será composta de pessoas especializadas, estranhas aos quadros do funcionalismo do respectivo ministério.
> § 3º Os membros dos conselhos técnicos não perceberão vencimentos pelo desempenho do cargo, podendo, porém, vencer uma diária pelas sessões, a que comparecerem.
> § 4º É vedado a qualquer ministro tomar deliberação, em matéria da sua competência exclusiva, contra o parecer unânime do respectivo conselho."

2.8. O Voto e o Sistema Eleitoral

A Constituição confirmou o Código Eleitoral de 1932, possibilitando o voto para maiores de 18 anos, de ambos os sexos, excluindo os analfabetos, as praças, os mendigos, os que estivessem afastados de seus direitos políticos.

O documento indica ainda a obrigatoriedade do alistamento para todos os maiores de 18 anos do sexo masculino, mas estende essa obrigatoriedade somente às mulheres que exercessem funções públicas remuneradas:

> "Art. 108. São eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.
> Parágrafo único. Não se podem alistar eleitores:
> a) os que não saibam ler e escrever;
> b) as praças de *prêt*, salvo os sargentos do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;
> c) os mendigos;
> d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos."

> "Art. 109. O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens, e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as

> sanções e salvas às exceções que a lei determinar."

2.9. Garantias Individuais

O artigo 113 da Constituição de 1934 descreve Direitos e Garantias Individuais. Entre os pontos que merecem destaque estão a manutenção do *habeas corpus*, a proibição de foro privilegiado, o mandado de segurança e, com mais interesse em termos de garantias individuais em um país de pessoas sem condições financeiras, estão os incisos 24 e 32, que iniciam, ao menos em tese, um caminho para a igualdade de fato na justiça (que ainda não foi, mesmo hoje, totalmente coroada por Defensorias Públicas em plena capacidade em todos os estados), no sentido de gratuidade:[635]

> "Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> 23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.
> 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.
> 25) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas.
> 26) Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.
> 27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

635 Nesse mesmo artigo há o inciso 36, que toca profundamente a autora deste livro, já que afirma que: "Nenhum imposto gravará diretamente a profissão de escritor, jornalista ou professor."

> 28) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.
> 29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.
> [...]
> 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.
> 33) Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

2.10. Trabalho

Um dos principais motivos da queda da República Velha foi a mudança de parte dos trabalhadores brasileiros, que, tornando-se operários urbanos, exigiam muito mais que os rurais. A Constituição de 1934 coroou as leis trabalhistas já existentes, no sentido de dar-lhes força de lei constitucional, mas, apesar de representar um grande avanço, não é possível deixar de notar que os trabalhadores rurais, ainda a maioria do país, não obtiveram nada, apenas uma promessa constitucional no parágrafo 4º:

> "Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
> § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
b) salário-mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
d) proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16; e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;
e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
f) férias anuais remuneradas;
g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte;
i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
j) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.
§ 2º Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.
§ 3º Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.
§ 4º O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a

> preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas."

2.11. A "Justiça" do Trabalho

Desde 1932 havia Comissões Mistas de Conciliação e Juntas de Conciliação de Julgamento (que serão objeto de análise no último ponto deste capítulo) que tinham por objetivo principal evitar os conflitos, considerados extremamente danosos pelos políticos da época.

A Constituição de 1934 criou algo como um arremedo de outro nome das Juntas de Conciliação e chamou de Justiça do Trabalho. Nas palavras de Rosalina Corrêa de Araújo: "esta justiça, originariamente administrativa, não foi contemplada com as prerrogativas e as garantias atribuídas aos órgãos do poder judiciário. Na verdade, apesar de lhe ter sido atribuída a denominação de 'justiça', era uma pré-justiça [...]"[636]

Sequer estava a "justiça do trabalho" no capítulo do judiciário. O método a ser utilizado por esta era jurisdicional, mas nada mais tinha de justiça de fato. E, com isso, apesar de legislar sobre o trabalho, os legisladores tiraram do judiciário a competência para julgar casos acerca do que eles chamavam à época de legislação social:

> "Art. 122. Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.
> Parágrafo único. A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de seus membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual."

2.12. Nacionalismo

O período entre guerras foi, para muitos países, inclusive o Brasil, uma época de encontro. O país se tornava cada vez mais nacionalista

636 ARAÚJO, Rosalina Corrêa. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 239.

e, como no mundo daquela época, muitas vezes radicalmente nacionalista. Tanto assim o foi que a política de imigrações na década de 30 sofreu restrições, proibiu-se o ensino de línguas estrangeiras e a concentração de não brasileiros em uma mesma região.

Preconizou-se a estatização de empresas estrangeiras e nacionais e, no caso da Constituição de 1934, proibiu-se que estrangeiros administrassem ou possuíssem órgãos da mídia, companhias marítimas e, até mesmo impediu-se que estrangeiros exercessem funções de profissionais liberais no país:

> "Art. 131. É vedada a propriedade de empresas jornalísticas políticas ou noticiosas a sociedades anônimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anônimas proprietárias de tais empresas. A responsabilidade principal e de orientação intelectual ou administrativa da imprensa política ou noticiosa só por brasileiros natos pode ser exercida. A lei orgânica de imprensa estabelecerá regras relativas ao trabalho dos redatores, operários e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria."

> "Art. 132. Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços, pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos."

> "Art. 133. Excetuados quantos exerçam legitimamente profissões liberais na data da Constituição, e os casos de reciprocidade internacional admitidos em lei, somente poderão exercê-las os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar ao Brasil; não sendo permitida, exceto aos brasileiros natos, a revalidação de diplomas profissionais expedidos por institutos estrangeiros de ensino."

> "Art. 136. As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão:
> a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros;
> b) conferir, quando estrangeiras, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais."

2.13. Educação

A Constituição de 1824, como visto no capítulo sobre o Império, afirmava, sem explicações ou indicações de como se faria, que o ensino primário era dever do Estado. A Constituição seguinte, a primeira da República, sequer tocou no assunto. Nesta, na de 34, a educação é tratada, pela primeira vez, ao menos no papel, como algo que exige responsabilidade e aplicação da União, dos Estados e Municípios.

Essa "bondade" que não necessariamente se traduziu de imediato em uma efetiva democratização do ensino básico no país (não podemos contar com isso hoje...) pode ser explicada pelo fato de o Brasil estar passando por mudanças que necessitavam de uma maior escolaridade da mão de obra. Lavradores não precisam saber nada que a escola formal pode lhes dar para auferir lucros ao seu patrão, operários necessitam de um pouco mais de escolaridade formal, nem que seja para não estragar as máquinas.

Já no artigo 5º a União toma para si a responsabilidade de traçar as diretrizes da educação nacional. Mais adiante, no artigo 149, há a afirmação lapidar de que a educação é direito de todos e dever da família e dos poderes públicos:

> "Art. 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficiente fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana."

Mas a Constituição indica também a competência específica da União:

> "Art. 150. Compete à União:
> a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País.
> b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização;
> c) organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos;
> d) manter no Distrito Federal ensino secundário e complementar deste, superior e universitário;
> e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.
> Parágrafo único. O plano nacional de educação, constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, item XIV, e 39, nº 8, letras *a* e *e*, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:
> a) ensino primário integral gratuito e de freqüência obrigatória, extensivo a adultos;
> b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário a fim de o tornar mais acessível;
> c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;
> d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrados no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;
> e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade de curso".

Indicando também, o que é primordial, de onde sairiam os recursos para aplicação plena desses indicativos constitucionais:

> "Art. 156. A União e os municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos, na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.
> Parágrafo único. Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará, no mínimo, vinte por cento das quotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual."

> "Art. 157. A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.
> § 1º As sobras das dotações orçamentárias, acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas determinadas em lei.
> § 2º Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílio a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas."[637]

Essa responsabilidade é dividida com as empresas, que na previsão constitucional, ao menos, deveriam cuidar para a diminuição do analfabetismo:

> "Art. 139. Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinqüenta pessoas, perfazendo estas e os

637 Vilegiaturas: recreios ou férias.

> seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.”

2.14. Assistência do Estado e Casamento

O Estado passou a ter mais responsabilidades pela Constituição de 1934. O assistencialismo, baseado na afirmação da valorização da família é visto em vários artigos que indicam desde a responsabilidade da União, Estados e Municípios, para com os “desvalidos” e famílias de prole numerosa, até a gratuidade do casamento:

> “Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos municípios, nos termos das leis respectivas:
> a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
> b) estimular a educação eugênica;
> c) amparar a maternidade e a infância;
> d) socorrer as famílias de prole numerosa;
> e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
> f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
> g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.”

> “Art. 141. É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.”

> “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.
> Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, ha-

> vendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo."

No caso do casamento, destaca-se a imposição de prova de sanidade física e mental para a efetivação do mesmo, a previsão de desquite e a igualdade, no caso de impostos, para a herança de filhos naturais e legítimos:

> "Art. 145. A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País."

> "Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições de lei civil e seja ele inscrito no registro civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.
> Parágrafo único. Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os juízes criminais ou de menores nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas."

> "Art. 147. O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaíam sobre a dos filhos legítimos."

2.15. A Mudança da Capital

Como nas outras Constituições, permanece a indicação de transferência da capital da Nação para um ponto central do país. Assim indica o artigo 4º das Disposições Transitórias:

> “Art. 4º Será transferida a Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que esta Constituição entrar em vigor, nomeará uma comissão que, sob instruções do Governo, procederá a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, serão presentes à Câmara dos Deputados, que escolherá o local e tomará, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.”

3. A Constituição de 1937 e a Ditadura Estadonovista

3.1. Antecedentes

Depois da Constituição de 1934 o movimento tenentista, desprovido de ideologia coerente, se esfacelou, em seu lugar surgiram tendências paralelas àquelas que começavam a se apresentar antagônicas na Europa Pós-Guerra: o fascismo e o comunismo.

No Brasil comunistas e fascistas tentaram tomar o poder entre os anos de 1935 e 1936, sem êxito e sem fôlego. Mas sua presença e sua possível, embora não provável, ameaça, serviram sobremaneira aos intentos de Getúlio Vargas.

Para combater os revoltosos, e aproveitando-se da existência não muito ameaçadora destes, Vargas decretou Estado de Sítio. Todos os movimentos dos comunistas eram monitorados por Vargas através de informantes, mas muitos deles não foram evitados para que existisse a possibilidade de criar pânico através de uma “ameaça comunista” que, de fato, não existia.

Isso ocorria porque o mandato presidencial que havia sido dado a Getúlio Vargas pelos constituintes de 33 expiraria em 1937 e a campanha presidencial já havia começado. Em uma tranquilidade beirando o absurdo Vargas articulou a candidatura de seu sucessor ao mesmo tempo em que, com o Chefe do Estado-Maior, General Góis Monteiro e do Ministro da Guerra, General Dutra, montava um golpe para permanecer no poder.

O Congresso Nacional, sentindo as manobras de Vargas impede-o de renovar o Estado de Sítio. Para forçar a situação surge, em um passe de mágica, um documento que continha um plano supostamente

comunista, que tinha por objetivo o assassinato de personalidades a fim de tomar o poder. Era o Plano Cohen.

Parte desse documento forjado chegou a ser divulgada na imprensa para que ficasse claro que o país estaria em perigo e que Vargas, e somente ele, seria capaz de salvar o país de ameaça tão nefasta. O Plano Cohen foi forjado nas dependências do Estado-Maior e sua redação demonstra um cuidado muito especial em causar o maior pavor possível na população. Eis alguns trechos:

> "1) [...].
> 2) Além disso é necessário criar nos meios revolucionários os reflexos necessários para a violência útil e completa, em oposição à violência inútil e insuficiente. [...]. A violência deve ser planificada, deixando de lado qualquer sentimentalismo não só favorável, aparentemente, ao ideal revolucionário, como também à piedade comum; isso significa que certos indivíduos, por exemplo, devem ser eliminados só pelo fato de serem contrários à nossa revolução [...].
> Especialmente no que se refere às Forças Armadas (quartéis ou navios), é necessário, no plano de ação, descer ao detalhe mínimo; cada oficial suspeito à revolução deverá ter um homem encarregado de sua eliminação, eliminação essa que será feita sob pena de morte do encarregado, na hora aprazada.
> [...]
> XVI – Diretrizes para a ação prática
> [...]
> 2) Técnica da greve moderna:
> A técnica da greve moderna é baseada nos seguintes princípios:
> [...]
> *d*) Sua execução deverá ser levada a efeito com o máximo de violência e instantaneidade.
> [...]
> 3º) O comitê dos incêndios:
> O comitê dos incêndios tem como missão fazer propagar incêndios em ponto desencontrados da cidade, em uma ação tecnicamente combinada e dirigida, a fim de, além de aumentar a confusão

necessária ao movimento, dividir o Corpo de Bombeiros e outros contingentes militares que os governos das cidades serão obrigados a utilizar para acudir aos focos de incêndios ateados. Esse comitê, que será de um por cidade, ao máximo de dois por grande cidade, terá os seus subcomitês em cada bairro, subcomitês que terão perfeitamente articuladas as suas tropas de execução. Essas tropas serão constituídas por um número bem restrito de homens e estes dispostos e resolutos e dotados de material próprio para agir com rapidez (estopas, líquidos incendiários, granadas incendiárias), e serão transportadas em automóveis rápidos:

O comitê central organizará o plano de incêndios tendo em conta a seguinte regra:

a) em cada rua principal do bairro deverá ser ateado fogo a um prédio, no mínimo;

b) sempre que possível, de preferência uma repartição pública, federal, estadual ou municipal, existente em rua que não seja guardada por policial;

c) na falta de qualquer destes prédios, escolher qualquer edifício particular, de preferência sempre o maior e o mais importante;

[...]

4) Ação das massas civis:

[...]

b) nos bairros elegantes e plutocratas – as massas deverão ser conduzidas aos saques e às depredações, nada poupando para aumentar cada vez mais a sua excitação, que deve ser mesmo conduzida a um sentido nitidamente sexual, a fim de atraí-las com facilidade: convencidas de que todo aquele luxo que as rodeia – prédios elegantes, carros de luxo, mulheres etc. – constituem um insulto à sua sordidez e falta de conforto, e que chegou a hora de tudo aquilo lhes pertencer sem que haja o fantasma do Estado para lhe tomar conta;

c) as delegacias, prisões, xadrezes, etc., serão abertos e soltos todos os presos, sem distinção de sua qualidade;

[...]

XVII – *Ação militar*

A cada batalhão do Exército deverá ser assinada uma missão a cumprir; desde que a mesma unidade, vitoriosos os nossos, esteja libertada, sairá ao cumprimento dessa missão. A missão mais comum será a de ataque às unidades onde ainda não conseguimos o controle, de preferência sempre a mais próxima.

O conjunto de metralhadoras com a missão acima descrita constitui o que denominamos plano de fogo fixo. O sistema para a realização é baseado no seguinte:

a) o alcance das metralhadoras portáteis tipo policial e com precisão até seiscentos metros;

b) desde que uma arma semelhante atire pelo eixo de uma rua, toda essa rua estará barrada pelo fogo;

c) toma-se a carta cadastral da cidade onde se vai operar: assinala-se na mesma com um traço vermelho os edifícios e quartéis que querem barrar; verifica-se então em que pontos devem ser colocadas as armas para, atirando segundo o eixo da rua ou das ruas, barrar inteiramente a saída ou entrada do edifício; dessa maneira, ficam determinadas as quadras nas quais se vão escolher os edifícios para a colocação das armas;

[...]

XVIII – *Os reféns*

No plano de violências, deverão figurar, como já foi dito atrás, os homens a serem eliminados e o pessoal encarregado dessa missão. Todavia, tão importantes quanto esses serão os reféns, que, em caso de fracasso parcial, servirão para colocar em xeque as autoridades. Serão reféns: os ministros de Estado, presidente do Supremo Tribunal, e os presidentes da Câmara e Senado, bem como, nas demais cidades, duas ou três autoridades ou pessoas gradas. A técnica para a

> colheita de reféns será a seguinte: os raptos deverão ser executados em pleno dia, nas próprias residências, que serão invadidas por grupos de 3 a 5 homens dispostos e bem armados e munidos de narcóticos violentos (clorofórmio, éter em pastas de algodão empapadas) e serão transportadas para pontos secretos e inatingíveis, com a absoluta segurança. Em caso de fracasso, proceder ao fuzilamento dos reféns."

No dia 10 de novembro de 1937, sob o argumento da necessidade de se colocar fim às agitações, Vargas decretou o fechamento do Congresso e anunciou uma nova constituição:

> "A gravidade da situação [...] está na consciência de todos os brasileiros. Era necessário e urgente optar pela continuação deste estado de coisas ou pela continuação do Brasil. Entre a existência nacional e a situação de caos, de irresponsabilidade e desordem em que nos encontrávamos, não podia haver meio termo ou contemporização. Quando as competições políticas ameaçam degenerar em guerra civil, é sinal que o regime constitucional perdeu o seu valor prático, subsistindo apenas como abstração. A tanto havia chegado o país. A complicada máquina de que dispunha para governar-se não funcionava. Não existiam órgãos apropriados através dos quais pudesse exprimir os pronunciamentos da sua inteligência e os decretos da sua vontade.
>
> Restauremos a Nação na sua autoridade e liberdade de ação: – na sua autoridade, dando-lhe os instrumentos de poder real e efetivo com que possa sobrepor-se às influências desagregadoras, internas ou externas; na sua liberdade, abrindo o plenário do julgamento nacional sobre os meios e os fins do Governo e deixando-a construir livremente a sua história e o seu destino".

A Constituição já estava pronta, tendo sido elaborada por Francisco Campos – que viria a ser o Ministro da Justiça no Estado

Novo (nome dado à Ditadura de Vargas) –, pelo menos desde o dia 7 de novembro. Assim descreve Vargas em seu diário nesse dia:

> "[...] Recebi o deputado João Neves, os ministros do trabalho, Fazenda, Guerra e Exterior, o senador Macedo Soares e, por fim, o dr. Francisco Campos, que trouxe já prontos o projeto da nova Constituição e a proclamação a ser lida, redigida por ele, de acordo com o esboço que fiz e as notas que lhe forneci [...]"[638]

No início de dezembro todos os partidos são extintos por decreto. Começava um período terrível na história política e legal do país. Em uma ditadura a legalidade e a justiça são supérfluos.

Nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco: "O regime instalado a 10 de novembro era, por suas origens e seus fins, incompatível com partidos políticos. A imprensa dirigida, a propaganda oficial do rádio, a opinião ortodoxa dos magnatas do Estado Novo manifestavam-se unânimes em atribuir às disputas partidárias uma porção de relevo nas desgraças nacionais."[639] Portanto decretou-se o fim dos partidos:

> "O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição [de 1937];
> Considerando que, ao promulgar-se a Constituição em vigor, se teve em vista, além de outros objetivos, instituir um regime de paz social e de ação política construtiva;
> Considerando que o sistema eleitoral então vigente, inadequado às condições da vida nacional e baseado em artificiosas combinações de caráter jurídico e formal, fomentava a proliferação de partidos, com o fito único e exclusivo de dar às candidaturas e cargos eletivos aparência de legitimidade;
> Considerando que a multiplicidade de arregimentações partidárias, com objetivos meramente

638 VARGAS, Getúlio. *Op. cit.*, p. 82, v. 2.
639 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria dos partido políticos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980, p. 74.

eleitorais, ao invés de atuar como fator de esclarecimento e disciplina da opinião, serviu para criar uma atmosfera de excitação e desassossego permanentes, nocivos à tranqüilidade pública e sem correspondência nos reais sentimentos do povo brasileiro;

Considerando, além disso, que os partidos políticos até então existentes não possuíam conteúdo programático nacional ou esposavam ideologias e doutrinas contrárias aos postulados do novo regime, pretendendo a transformação radical da ordem social, alterando a estrutura e ameaçando as tradições do povo brasileiro, em desacordo com as circunstâncias reais da sociedade política e civil;

Considerando que o novo regime, fundado em nome da Nação para atender às suas aspirações e necessidades, deve estar em contato direto com o povo, sobreposto às lutas partidárias de qualquer ordem, independendo da consulta de agrupamentos, partidos ou organizações, ostensiva ou disfarçadamente destinados à conquista do poder público,

Decreta:

Art. 1º Ficam dissolvidos, nesta data, todos os partidos políticos.

§ 1º São considerados partidos políticos, para os efeitos desta lei, todas as arregimentações partidárias registradas nos extintos Tribunal Superior e Tribunais Regionais da Justiça Eleitoral, assim como as que, embora não registradas em 10 de novembro do corrente ano, já tivessem requerido o seu registro.

§ 2º São, igualmente, atingidas pela medida constante deste artigo as milícias cívicas e organizações auxiliares dos partidos políticos, sejam quais forem os seus fins e denominações.

Art. 2º E vedado o uso de uniformes, estandartes, distintivos e outros símbolos dos partidos políticos e organizações auxiliares compreendidos no art. 1º.

> Art. 3º Fica proibida, até a promulgação da lei eleitoral, a organização de partidos políticos, seja qual for a forma de que se revista a sua constituição, ainda que de sociedades civis destinadas ostensivamente a outros fins, uma vez se verifique haver na organização o propósito próximo ou remoto de transformá-la em instrumento de propaganda de idéias políticas.
> Art. 4º Aos partidos políticos compreendidos no art. 1º é permitido continuarem a existir como sociedade civil para fins culturais, beneficentes ou desportivos, desde que o não façam com a mesma denominação com que se registraram como partidos políticos.
> [...]
> Art. 6º As contravenções a esta lei serão punidas com pena de prisão de dois a quatro meses e multa de cinco a dez contos de réis.
> O julgamento será da competência do Tribunal de Segurança Nacional, e o processo, a ser organizado no regimento interno do mesmo Tribunal, seguirá o rito sumaríssimo.
> [...]"[640]

3.2. A Constituição de 1937

A instauração do Estado Novo e da caracterização de uma ditadura baseada em uma Constituição que não necessariamente foi cumprida, apesar de dar meios supranecessários para a centralização do poder nas mãos de Vargas, pode parecer estranho, mas é justificável pela ideologia da época, que fez com que até Pontes de Miranda, em um primeiro momento, tenha considerado o golpe e a Constituição como legítimos, como uma retomada de poder por parte do presidente.[641]

No Estado Novo construiu-se o mito da nação e do povo, buscando tornar o país uma nação integrada, eliminando os entraves regionais. Identificando nação e povo como um corpo unido ao ditador, passava-se a imagem de que, finalmente, o povo havia tomado o poder.

---

640 O Tribunal de Segurança Nacional será analisado mais adiante.

641 LIMONGI, Dante Braz. *Op. cit.*, p. 125.

A Constituição de 1937, também chamada de Polaca, por sua identificação com a Carta Polonesa de 1935, sofreu também influência da Constituição portuguesa de 1933, da italiana fascista *Carta Del Lavoro* e da Castilhista de 1891.

Em uma visão geral dessa Constituição podemos afirmar que tem uma característica que se destaca. Sua redação é extremamente direta, chegando inclusive a unir vários princípios em um só artigo. Podemos considerar o exemplo dos seguintes artigos:

> "Art. 1º O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade."

> "Art. 8º A cada Estado caberá organizar os serviços do seu peculiar interesse e custeá-los com seus próprios recursos.
> Parágrafo único. O Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadar receita suficiente à manutenção dos seus serviços será transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira."

Seu tamanho também é menor que a de 1934 e, se seguirmos à risca suas próprias palavras, foi uma Constituição provisória, sempre, não entrando em pleno vigor, visto que, pelo artigo 187, ela deveria ser aprovada em um plebiscito que jamais aconteceu.

3.2.1. A Justificativa da Constituição

Como uma Constituição imposta, feita sob encomenda e outorgada no dia e através de um golpe de Estado, esta teve a necessidade de um preâmbulo que não tem razão de ser em Constituições legítimas e democráticas, elaboradas por Assembleia Constituinte.

Como que para eliminar o incômodo de impor algo que jamais deveria sê-lo, Vargas e os que estavam ao seu lado assim justificaram essa nova Constituição:

> "Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem

> resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;
> Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia-a-dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;
> Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;
> Com o apoio das Forças Armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas:
> Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito a sua honra e a sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade."

3.2.2. Uma Constituição de Ditadura: Todo Poder ao Executivo Federal

Para a Constituição de 1937, embora houvesse a afirmação que o poder emanaria do povo, este era representado exclusivamente pelo Presidente da República, que é descrito como a autoridade "suprema" do Estado. Há que se destacar também que nessa Constituição não há separação de Poderes:

> "Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País."

Esse Presidente, obviamente Getúlio Vargas, manter-se-ia no poder, conforme o artigo 175, até que fosse realizado o plebiscito que nunca ocorreu:

> "Art. 175. O primeiro período presidencial começará na data desta Constituição. O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o artigo 187, terminando o período presidencial fixado no art. 80, se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição."

O Executivo Federal interferia diretamente nos estados mediante escolha e nomeação de interventores:

> "Art. 9º O Governo Federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação, pelo Presidente da República, de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhes forem atribuídas pelo Presidente da República:"

E, pelas Disposições Transitórias, essa intervenção iniciava-se imediatamente:

> "Art. 176. O mandato dos atuais governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais. Esse período se contará da data desta Constituição, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado ao Presidente da República.
> Parágrafo único. O Presidente da República decretará a intervenção nos Estados cujos governadores não tiveram o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos governadores eleitos, que terminarão o primeiro período de governo fixado nas Constituições estaduais."

O Poder Legislativo também ficaria nas mãos do Presidente visto que, em havendo Congresso, este poderia autorizar o presidente a governar por decretos-lei:

> "Art. 12. O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-lei, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização."
>
> "Art. 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-lei sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:
> a) modificações à Constituição;
> b) legislação eleitoral;
> c) orçamento;
> d) impostos;
> e) instituição de monopólios;
> f) moeda;
> g) empréstimos públicos;
> h) alienação e oneração de bens imóveis da União.
> Parágrafo único. Os decretos-lei para serem expedidos dependem de parecer do Conselho de Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva."

Entretanto, levando em consideração o plebiscito que nunca aconteceu, o Legislativo – federal, estadual e municipal – durante a Ditadura Varguista jamais existiu, porque assim indicava o artigo 178 das Disposições Transitórias da Constituição de 1937:

> "Art. 178. São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras municipais. As eleições ao Parlamento Nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187."

Mas, caso tivesse existido, seria interessante. A Constituição previa uma Câmara de Deputados, mas não um Senado. Este último seria substituído por um Conselho Federal, composto por representantes do Estado escolhidos pelas Assembleias Legislativas Estaduais, sob o veto do governador (nomeado) e mais dez pessoas indicadas pelo Presidente da República:

> "Art. 50. O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos.
> Parágrafo único. Cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, elegerá um representante. O governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembléia; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembléia."

> "Art. 55. Compete ainda ao Conselho Federal:
> a) aprovar nomeações de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas, dos representantes diplomáticos, exceto os enviados em missão extraordinária."

Assim o Poder Legislativo seria composto pela Câmara, pelo Conselho e, para uma ingerência mais objetiva, pelo próprio Presidente:

> "Art. 38. O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-lei autorizados nesta Constituição.
> § 1º O Parlamento Nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal."

Portanto, no âmbito federal e estadual o controle estava nas mãos do Presidente. Da mesma forma no município, já que os prefeitos eram indicados pelos governadores nomeados pelo Presidente.

> "Art. 27. O prefeito será de livre nomeação do governador do Estado."

3.2.3. O Conselho da Economia Nacional

Tendo por base o corporativismo,[642] sob inspiração do regime fascista italiano e da já citada *Carta Del Lavoro*, a Constituição de 1937 criou o Conselho da Economia Nacional, composto por representantes da produção – indicados por associações profissionais e sindicatos reconhecidos – com representação paritária de empregados, sob a presidência de um ministro.

O Conselho tinha por função oferecer uma acessória técnica, objetivando o desejo corporativista de colaboração das classes através da racionalização da economia e da promoção do desenvolvimento técnico. Dessa forma, a economia também teria interferência direta e constante do Estado:

> "Art. 61. São atribuições do Conselho da Economia Nacional:
> a) promover a organização corporativa da economia nacional;
> b) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos;
> c) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias;
> d) emitir parecer sobre todos os projetos, de iniciativa do Governo ou de qualquer das Câmaras, que interessem diretamente à produção nacional;
> e) organizar, por iniciativa própria ou proposta do Governo, inquérito sobre as condições do trabalho, da agricultura, da indústria, do comércio, dos transportes e do crédito, com o fim de

642 Conferir a última parte deste Capítulo.

> incrementar, coordenar e aperfeiçoar a produção nacional;
> f) preparar as bases para a fundação de institutos de pesquisa que, atendendo à diversidade das condições econômicas, geográficas e sociais do País, tenham por objeto:
> I – racionalizar a organização e administração da agricultura e da indústria;
> II – estudar os problemas do crédito, da distribuição e da venda, e os relativos à organização do trabalho;
> g) emitir parecer sobre todas as questões relativas à organização e reconhecimento dos sindicatos ou associações profissionais;
> h) propor ao Governo a criação de corporações de categorias."

3.2.4. O Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal voltou a ter esse nome, entretanto suas atribuições ficaram maculadas pela própria conjuntura de ditadura. Do mesmo modo, todo o judiciário brasileiro.

O poder do Presidente da República implicava, inclusive, na quase impossibilidade do Supremo Tribunal Federal (com seus integrantes escolhidos pelo chefe da Nação) julgar inconstitucionalidade de lei advinda deste:

> "Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.
> Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, ao juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal."

3.2.5. Voto

Um país sem partido, com o poder concentrado de forma objetiva nas mãos de um presidente nunca eleito manteve, na Constituição de 1937, as características anteriores para o eleitor. Estas somente foram aplicadas nas eleições para vereadores, mesmo assim com exceções:

> "Art. 117. São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei.
> Parágrafo único. Não podem alistar-se eleitores:
> a) os analfabetos;
> b) os militares em serviço ativo;
> c) os mendigos;
> d) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos."

3.2.6. Os "Direitos e Garantias Individuais"

Esse capítulo da Constituição de 1937 é muito interessante até pelo tanto que não foi cumprido e, se o fosse, o país teria, nesse período, mantido o Estado de Direito e não passado por uma Ditadura:

> "Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> 1) Todos são iguais perante a lei.
> 2) Todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade.
> 3) Os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos.
> 4) Todos indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

> 5) Os cemitérios terão caráter secular administrados pela autoridade municipal.
> 6) A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.
> 7) O direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral.
> 8) A liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público, nos termos da lei.
> 9) A liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes.
> 10) Todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública.
> 11) À exceção de flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.
> 12) Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro".[643]

Nesse artigo referente a Garantias Individuais há os casos em que seriam aplicadas as penas de morte. Se bem que em uma ditadura é mais simples "desaparecer" com a pessoa que processá-la:

> "Artigo 122 [...]
> 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova

643 A filha de um brasileiro, Carlos Prestes, ainda na barriga de sua mãe, foi enviada a um campo de concentração nazista...

> não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:
> a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
> b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
> c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;
> d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
> e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
> f) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade."

E já não fossem suficientes esses motivos para aplicar-se a pena de morte, o governo ditatorial de Vargas acrescentou – sem retirar nenhum – algumas situações a mais nas quais se poderia aplicar a pena capital. Esse acréscimo foi efetivado pela Lei Institucional nº 1, de 16 de maio de 1938, que incluía, além dos constitucionalmente indicados, mais os delitos:

> "[...]
> f) a insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;
> g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;
> h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;

> i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República."

O mesmo artigo 122 – lembrando que intitulado de "Direito e Garantias Individuais" – indicava o poder do Estado sobre a mídia. Posteriormente, Vargas criou o Departamento de Imprensa e Propaganda, DIP, com o intuito de não somente censurar a imprensa como também guiar jornais, rádios e apresentações de teatro no sentido de somente apresentarem fatos positivos do governo:

> "[...]
> 15) Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.
> A lei pode prescrever:
> a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
> b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes assim as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
> c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.
> A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:
> a) a imprensa exerce uma função de caráter público;
> b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;
> c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente, nos jornais que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;
> d) é proibido o anonimato;
> e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

> f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal."

O artigo seguinte, sob o mesmo título, coroa a excêntrica forma de dar "garantias e direitos" aos indivíduos. Por este, todos os "direitos" assegurados no artigo anterior estão condicionados ao "bem público", à "paz", e todas essas palavras que têm sentido obscuro quando proferidas com intenções ainda menos claras:

> "Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição."

3.2.7. Educação e Família

Enquanto a Constituição anterior dava ao Estado a obrigação direta para com a educação, esta indica ser a responsabilidade da família, entrando o Estado como colaborador. Mas, no interesse do assistencialismo do governo populista, mantém-se a obrigação do governo em colaborar com as "famílias numerosas":

> "Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Es-

> tado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos."
>
> "Art. 125. A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular."
>
> "Art. 127. A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.
> O abandono moral, intelectual, ou físico da infância e a juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral.
> Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole."

Em termos de novidade no tocante à família, está a igualdade dada a filhos legítimos e naturais, mas sem indicar os meios pelos quais isso seria feito, já que, o Código Civil de 1916, em vigor, não os tratava de maneira igual:

> "Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o recolhimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais."

São incluídos também, em currículo obrigatório para escolas primárias, a educação física, o ensino chamado cívico e o de trabalho. Esses elementos curriculares são apresentados também em todos os países de características fascistas:

> “Art. 131. A educação física, o ensino cívico e o de trabalhos normais serão obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias, não podendo nenhuma escola de qualquer desses graus ser autorizada ou reconhecida sem que satisfaça aquela exigência.”

3.2.8. Trabalho

Foram mantidas as leis relativas ao trabalho. Esse ponto não foi maculado pela ditadura, mesmo porque esta se aproveitava da manipulação das massas trabalhadoras urbanas para permanecer no poder.

Entretanto, os sindicatos foram cada vez mais subordinados aos interesses e ao controle do Estado. Depois de instaurado o Estado Novo e sua Constituição, o trabalho de controle dos sindicatos chegou a seu auge com a instituição do Imposto Sindical, um dia de trabalho por ano a ser cobrado compulsoriamente de todo trabalhador.

Esse imposto era recolhido pelo Ministério do Trabalho que o redistribuía conforme sua vontade, ou seja, quanto mais um sindicato era subserviente, maior a quantia que recebia:

> “Art. 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalhos obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público.”

A Justiça do Trabalho também se manteve sob controle. Não era considerada como parte do Judiciário, era apenas, como na Constituição de 34, uma junta de conciliação.

> “Art. 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, que será regulada em lei e à qual não

> se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum."

3.3. O Código Penal de 1940 e o Código de Processo de 1941

Após a instalação do Estado Novo o Ministro da Justiça – o autor da Constituição de 1937 –, Francisco Campos, incumbiu Alcântara Machado de elaborar um projeto de Código Penal. O que estava em uso era um Consolidação das Leis Penais elaborada em 1932.

O Projeto definitivo foi entregue em abril de 1940, ao todo, com 390 artigos, mas não foi transformado em lei porque passou antes pela revisão de uma comissão que modificou muitos de seus pontos.

Assim o Código Penal de 1940, que foi sancionado pelo Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, acabou resultando de uma mistura entre o Projeto de Alcântara Machado e da Comissão.[644]

Na análise dos doutrinadores atuais baseados na exposição de motivos do próprio texto, o Código Penal de 1940 acabou por se apresentar como uma superposição do pensamento neoclássico e o positivismo. E, segundo Aníbal Bruno, esse Código teria se filiado à corrente de política criminal:

> "Uma legislação que, ao lado da concepção objetiva do crime, acolhe a sua concepção sintomática, conduzindo ao dualismo culpabilidade-pena, perigosidade criminal-medida de segurança, mas fazendo sentir-se no Código um sopro salutar de realismo com consideração em mais de um ponto de personalidade do criminoso, que não é abstração, mas uma realidade natural-social."[645]

A maior diferença em termos de dispositivos legais, em se comparando esse Código ao do Império até a Consolidação de 1932, é a inexistência de crimes políticos indicados em seus artigos. Isso ocorreu

---

644 Faziam parte dessa Comissão Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra.

645 BRUNO, Aníbal. *Apud* PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

porque desde 1935 esses atos considerados delituosos passaram a ter legislação própria.

Os grandes avanços ocorridos com o Código Penal de 1940 e o de Processo Penal, podem causar estranheza por terem sido elaborados em uma época de ditadura, entretanto, como será analisado no próximo ponto deste capítulo, eram dois países, um legal e outro, minimamente, extralegal.

O Código de Processo Penal data de 1941, portanto, tendo sido feito também no período ditatorial varguista (Decreto nº 3.669), porém, mesmo antes deste, várias modificações importantes no processo foram feitas, como por exemplo o Decreto nº 167, de 5 de janeiro de 1938, que limitou a atuação do Tribunal do Júri a casos envolvendo crimes como o infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo com morte, latrocínio e homicídio.[646]

A título de ilustração podemos ainda demonstrar, com as palavras de Paula Bajer, outras modificações importantes no Processo Penal efetivadas posteriormente a sua elaboração:

> "A lei nº 5.346, de 1967, terminou com a prisão preventiva obrigatória, prevista no artigo 312 do Código de Processo para crimes aos quais era cominada pena de reclusão igual ou superior a dez anos. Em 1973, a Lei Fleury, assim chamada porque beneficiou o delegado Sérgio Paranhos Fleury, permitindo que aguardasse julgamento em liberdade, abrandou, para todos, as regras sobre a liberdade antes da sentença. Finalmente, em 1977, já em início de abertura, mas ainda em plena ditadura, a lei nº 6.416/77 criou muitas possibilidades de liberação de acusados ou suspeitos da prática de crime antes da sentença."[647]

3.4. A Polícia, a Justiça e Outras Instituições da Era Vargas

O Estado Novo foi uma ditadura, como toda ditadura que há e houve. Um poder executivo com centralização absoluta, um poder de subordinar cidadãos com a força das armas e de contingentes policiais e militares.

646 O aborto que hoje também é julgado por Tribunal do Júri não foi indicado à época.

647 BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 41.

Mas o Estado Novo não foi senão uma continuidade do desenrolar histórico que havia se iniciado com a tomada o poder em 1930. Censura é característica de que regimes ditatoriais? Nos quinze anos de governo Vargas – de 1930 a 1945 – nunca houve um só dia que não houvesse a possibilidade palpável de censura.[648] Presos políticos? Havia muitos nas cadeias mesmo antes de novembro de 37.[649]

O que o início do Estado Novo possibilitou foi uma guinada mais forte e mais aberta para a centralização política, administrativa, econômica demonstrando com mais obviedade uma aproximação ideológica com o fascismo no que diz respeito ao culto ao líder e a tendência ao totalitarismo.

Dessa forma, o Estado inaugurado pelos que fizeram a Revolução de 30, desde o início, via no poder de polícia – a face mais violenta e pública de um regime autoritário – um caráter administrativo para a sociedade como um todo. Assim, esse instrumento não poderia ser utilizado dentro das limitações legais. Esse embate entre legalidade e ilegalidade, o fazer e o legislar sobre o que está já sendo feito, foi uma constante nos quinze anos do Governo Vargas. Era um conflito interminável entre polícia e Justiça:

> "Por isso, este Estado procurava se sobrepor à lei, para tornar efetivo o que ela [na Justiça] não previra para a boa ordem comum. O direito, porém, tenderia a se realizar tanto quanto possível através da lei, e o conflito entre a polícia e a Justiça se operava, porque a polícia precisava do arbítrio e a Justiça lançava normas. Mas a Justiça é lenta e a polícia mobilíssima, daí aquela precisar do auxílio desta."[650]

---

648 A censura poderia acontecer inclusive por questões consideradas hoje fúteis. O exemplo que será citado é de fevereiro de 1937, portanto anterior à instalação da ditadura estadonovista. Diz o diário de Getúlio Vargas no dia 2 de fevereiro de 1937: "[...] O jogo de *football* entre argentinos e brasileiros em Buenos Aires, transmitido por informantes exaltados, deu lugar a algumas explosões inconvenientes, entre elas, uma edição do jornal *A Nota* muito agressiva à nação Argentina. Embora apreendida a edição, sempre circulam alguns números [...]" VAGAS, Getúlio. *Op. cit.*, p. 18, v. 2.

649 No dia 7 de junho de 1937, Vargas escreve em seu diário que: "foram soltos trezentos e tantos presos, na qualidade de presos políticos, para bem impressionar a opinião, conforme desejava o novo ministro [da justiça – José Carlos Macedo Soares]. Na verdade, tratava-se de simples batedores de carteira e punguistas [...]" VARGAS, Getúlio. *Op. cit.*, p. 52, v. 2.

650 CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência:** a polícia da era Vargas. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23.

A extralegalidade e a ilegalidade andavam juntas ou, no máximo, uma precedia imediatamente a outra. Segundo Elizabeth Cancelli era próprio do terror e da polícia a implementação de um estado dual com facetas, em uma o Estado normativo estava representado pelas atividades do governo que transcorriam legalmente, em outra – representada pelo círculo de poder e pela polícia, onde a lei não existia.[651]

A mesma autora afirma, com lógica, que a Decadência da Escola Clássica e o crescimento da influência da Escola Positivista – a Escola de Criminologia – auxiliou e sustentou os atos policiais:[652]

> "Através de seus três principais representantes, Beccaria, Betham e Von Feuerbach, os clássicos postulavam que:
> a) condições socialmente determinadas conduzem ao comportamento desviado, razão pela qual todo o indivíduo pode apresentar um comportamento desviado;
> b) por isso, não é o indivíduo ou o ator do crime o objeto das reflexões teóricas, mas o fato;
> c) o interesse se dirige para a relação da sociedade e do indivíduo através da ação, depois da qual apareceu o comportamento desviado.[...]
> Ao contrário da Escola Clássica, a Escola Positiva [que indica que] [...]:
> a) o interesse se orienta para o ator, ou para o indivíduo do crime e seu comportamento, ao mesmo tempo que tenta explicar as causas deste comportamento;
> b) criminosos e não criminosos se diferenciam fundamentalmente. Esta diferença consiste nas condições biológico-antropológicas;
> c) estes fatores biológico-antropológicos determinam o comportamento individual. Segundo o en-

---

651 *Ibidem*, p. 27.

652 Em certa medida, em análise simplista podemos concordar com a autora, acrescentando que, mesmo hoje, o discurso e a base ideológica do poder de polícia permanecem inalterados.

> foque teórico, esta determinação pode ser total ou parcial e mínima;
> d) por recursos aos métodos das ciências naturais, o exame dos indivíduos está orientado empírica e positivamente, enquanto a Escola Clássica está orientada filosoficamente."[653]

Portanto, era sobre o indivíduo que se devia agir repressivamente, não sobre o crime propriamente dito. A ação policial dirigia-se para o sujeito do crime, visto que não mais eram as manifestações criminosas de um indivíduo que incomodavam a sociedade, mas aquele ser humano criminoso.

Somado a tudo isso, se levarmos em conta que não era, a essa época, o Poder Judiciário ou a Sociedade Civil (inexistente) quem controlava a polícia, mas sim o Estado, crimes, independentemente de serem políticos ou "comuns", extremamente ofensivos à sociedade ou somente a um elemento próximo do Poder, ou ainda simples casos de mendicância, eram tratados com a mesma brutalidade e sem o amparo da lei.

Com as mesmas características existiam as prisões no Brasil. Estas tinham por função, não a ressocialização, antes funcionavam como campos de segregação para a ação do regime e da polícia. Nesses locais a lei não existia.

Mas a Justiça ainda estava, pelo menos antes do advento da Carta Ditatorial de 1937, como um poder independente e, até demais para o gosto dos poderosos que controlavam o Executivo no Brasil.

Para que essa independência não atrapalhasse o controle tão almejado, foi criado em 12 de setembro de 1936 o Tribunal de Segurança Nacional. Esse Tribunal tinha por objetivo claro manter o governo no poder através dos atos policiais de terror, preenchendo assim uma lacuna na estratégia totalitária de poder.

As sessões do Tribunal podiam ou não ser públicas, dependia exclusivamente da decisão deste, mas, mesmo sendo públicas, somente o réu, o seu advogado e outras pessoas, que o presidente do Tribunal autorizasse, poderiam entrar.

Depois de receber o inquérito o presidente devia remetê-lo ao procurador e designar um juiz para o julgamento. O réu tinha que se apresentar em 12 horas. Caso o indiciado não estivesse sob custódia,

---

653 *Ibidem*, p. 27 e ss.

uma simples nota pregada na sede do Tribunal era considerada suficiente. Em 24 horas eram apresentadas as acusações formais ao acusado, o julgamento e a sentença não demoravam mais que outras 24 horas.

Assim, não havia garantia nenhuma para o réu, ou seja, não era garantida a sua presença nem tampouco a viabilidade da convocação de testemunhas. O julgamento também seguia a mesma linha: depois da apresentação de evidências, acusação e defesa tinham 15 minutos cada uma; o acusado não podia apresentar mais de duas testemunhas e cada uma tinha, no máximo, 5 minutos.

Não havia apelação ou recurso, mas as roupas utilizadas pelos juízes e o aparato do Tribunal eram exibidos com toda pompa para impressionar qualquer um que ali entrasse. E ali dez mil pessoas foram julgadas, metade condenada.[654]

4. O Movimento Operário: Da Década de 20 à CLT

Nossos avós costumam usar uma expressão um tanto ilógica e bastante ambígua para referir-se as Leis Trabalhistas da Era Vargas; eles dizem em meio a conversa que Vargas foi um grande homem, que ele "deu aos trabalhadores suas maiores conquistas trabalhistas". Como alguém pode dar algo a alguém que foi conquistado por este mesmo alguém? Como se conquistou aquilo que foi dado?

A Era Vargas foi incoerente nesse sentido e em muitos outros, mas incoerência não significa incompetência. Seus objetivos foram alcançados, no bom e no mau sentido. Mas, para que haja uma compreensão especificamente das leis trabalhistas da Era Vargas, que culminam com a formulação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) em 1943 (Decreto nº 5452) é necessário entender que a luta dos operários, a busca de melhoria de vida por grande parte da população urbana iniciou-se muito antes de Vargas chegar ao poder.

Na República Velha questões sociais, aí incluídos os problemas entre capital e mão de obra, eram consideradas "casos de polícia" não somente porque era com a violência policial que se tratava manifestações e greves, mas como e, principalmente, porque ideologicamente

654 As Condenações do Tribunal não atingiram apenas crimes políticos, um farmacêutico de Jundiaí, de nome Luiz Caetano, foi condenado a seis meses de prisão e 2.000$000 de multa por ter vendido remédios a "preços exorbitantes". *Ibidem*, p. 107.

não se compreendia – ou não se desejava compreender – que era possível, legal e moral a luta do operariado por melhores condições de trabalho e vida.[655]

A impossibilidade de luta pelos trabalhadores residia na ideologia do Liberalismo Clássico que propugnava que o Estado não deveria jamais intervir em assuntos privados, assim um contrato de trabalho era assunto privado porque só interessava ao empregado e ao trabalhador. No mesmo sentido o contrato seria a expressão de igualdade entre as partes, não sendo concebido uma diferença de forças entre o capital e o trabalho.

Assim, uma greve seria uma quebra unilateral de contrato que geraria desigualdade entre as partes. Da mesma forma, seria absurdo uma legislação especial do trabalho, porque feriria a ortodoxia do Liberalismo Clássico que não concebe a interferência do Estado em assuntos privados nem para regulamentá-los.[656] Essas premissas do Liberalismo foram defendidas a todo custo até que se tornou mais interessante descartá-la.

Mas, mesmo nesse período em que não se aceitava a luta operária como algo cabível e democrático, ela ocorreu. Greves gerais pela jornada de oito horas paralisaram a produção nas pedreiras de São Paulo, entre 1918 e 1919, os trabalhadores de oficinas, ainda na cidade de São Paulo, paralisaram suas atividades por quase três meses pela admissão de delegados sindicais nos locais de trabalho.[657]

Os patrões não se defendiam apenas colocando-se atrás da polícia, eles, que consideravam as greves como o mais espúrio dos meios que um trabalhador poderia usar para atingir seus objetivos, muitas vezes faziam o *Lock-out* ou como resposta às greves ou sem "provocação" dos empregados.[658]

---

655 A violência com que eram tratadas as manifestações populares provocavam prisões, feridos e mortos, os sindicatos eram invadidos depredados e fechados, militantes estrangeiros eram expulsos do país até por força da lei (como as Leis Adolfo Gordo de 1907 e 1921) e, mesmo os não estrangeiros eram deportados para os mais longínquos lugares do país.

656 Se por um lado essa teoria atendia ao interesse dos patrões, atendia também, por motivos ideologicamente distintos, aos interesses dos operários filiados à corrente anarquista.

657 MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 18.

658 *Lock-out*: fechamento de fábricas pelos patrões com o objetivo de forçar os trabalhadores a aceitarem determinações, como redução do salário, por exemplo.

Entretanto, por causa das tão temidas "agitações" populares a mentalidade gradativamente foi mudando, de um extremo a outro. Da não intervenção do Estado na Economia para uma intervenção maciça, porém em sentidos opostos para os dois lados em disputa. Os empresários desejavam uma intervenção que eles consideravam "técnica" e os trabalhadores não anarquistas viam na intervenção do governo um caminho para alcançar seus objetivos.

Isso ocorreu, principalmente após a I Guerra Mundial e da Revolução Russa, que abriram caminho para a formação da Organização Internacional do Trabalho, a OIT (em 1919), que tinha por pressuposto básico não a defesa do trabalhador, mas buscar soluções para que primeiramente não ocorresse em outros países o que havia acontecido na Rússia, onde a miséria gerou uma Revolução Social sem precedentes na história.

Em segundo lugar, para buscar um equilíbrio internacional no comércio mundial, porque, já que era inevitável fazer leis trabalhistas para evitar o perigo "vermelho", dever-se-ia atentar para que elas não fossem feitas somente em alguns países tornando a produção nestes mais cara e por isso prejudicando-lhes o comércio e a competição internacional.

Assim se expressaram aqueles que fundaram a OIT no preâmbulo da constituição desse organismo:

> "Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, em miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar estas condições [...]."
>
> "Considerando que a não adoção por qualquer nação dum regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios..."

A partir de 1918 começa-se a ver no Brasil iniciativas do governo Federal no sentido de intervir ou, ao menos, regulamentar a questão do trabalho no país. Nesse mesmo ano, por exemplo, foi criado o Departamento Nacional do Trabalho, que resultou sem efeito porque a Constituição de 1891 consolidava o federalismo inclusive dando

exclusividade aos estados para que estes legislassem sobre questões trabalhistas.[659]

Ainda no ano de 1918, dando a clara indicação que a questão social deveria ser encaminhada como uma questão jurídica o Estado cria – mesmo sem o aval da Constituição – a Comissão de Legislação Social que tinha por objetivo elaborar sistematicamente uma legislação acerca do trabalho. A atividade parlamentar de fato aumentou e o primeiro fruto desta foi o Decreto nº 3.724 de 1919, reformado em 1923, que tratava de acidentes de trabalho.

Os trâmites dessa Lei no Congresso são simbólicos no que diz respeito à ideologia liberal que ainda permanecia presente apesar de abalada pela necessidade criada pelo "perigo vermelho". Os patrões chegaram, através do Centro Industrial do Brasil – CIB –, a encomendar um "estudo" sobre acidentes de trabalho que concluiu, entre outras coisas, que:

> "[...] se os acidentes ocorrem, isto não se deve à negligência dos patrões mas ao 'risco profissional', inerente a qualquer trabalho. Em segundo lugar, trata-se de impedir a participação operária na fiscalização e controle dos acidentes [...]. A solução é a delegação dos problemas decorrentes de acidentes de trabalho às companhias seguradoras."[660]

O decreto foi aprovado conforme queriam os patrões e, mais, com um cunho tecnicista que beirou a inutilidade, caindo, no mínimo, no mau gosto: os procedimentos legais em caso de acidente de trabalho continham uma insólita tabela de cálculo de indenizações, que dispunham de um lado, descrito, a parte do corpo lesado e de outro a porcentagem correspondente em caso de sua incapacidade. A morbidez e o tecnicismo impediram de ver o trabalhador acidentado como um ser humano, tratando-o como uma peça de açougue.

No ano de 1923 houve a experiência com aposentaria, tentada pelo governo em sua empresa ferroviária. No mesmo ano, com o objetivo de

659 Em 1926 essa questão foi resolvida quando da reforma da Constituição que, no que se refere ao trabalho, deu a competência de legislar exclusivamente ao Congresso Nacional.

660 MUNAKATA, Kazumi. *Op. cit.*, p. 35.

efetivar os compromissos do Tratado de Versalhes, que partiam dos pressupostos do "perigo vermelho" citado anteriormente, o governo criou o CNT – Conselho Nacional do Trabalho – que, teoricamente seria um órgão técnico, que por estudos científicos e objetivos, buscaria dar respaldo aos legisladores na feitura de leis acerca do trabalho.

Entretanto a atuação desse órgão foi pífia. Seu primeiro embate, a questão das férias anuais, objetivo de luta de muitos trabalhadores organizados das cidades brasileiras, mostrou que demonstrou a inoperância do órgão mesmo quando se fazia necessária sua interferência para, ao menos, cumprir a lei. O prazo para o início da efetividade da lei de férias foi tantas vezes e tão indefinidamente prorrogado pelo órgão que este virou piada na boca do povo.[661]

Quando Getúlio Vargas assume o Poder em 1930, a situação começa a mudar um pouco. A maioria dos empresários brasileiros vê, não sem tristeza, que não é possível manter uma massa crescente de trabalhadores urbanos sem alguma garantia legal, isso porque a negativa constante gerou um aumento do volume de greves e agitações nas cidades, o que remetia ao medo das massas.

Eles então buscaram alternativas ao liberalismo que lhes era tão caro e, no bojo disso, procuraram encontrar maneiras de ainda levar alguma vantagem no sentido da promoção da industrialização. Assim descreve Munakata:

> "Todas essas propostas de ruptura com o liberalismo visam não apenas promover a industrialização, mas também neutralizar o crescimento da pressão da classe operária, através de uma solução institucional à 'questão social'. Se são necessárias as leis reguladoras do trabalho, que estas sejam instituídas segundo um plano racional, científico, e não através de pressões políticas, advindas seja da agitação operária, seja dos políticos com objetivos escusos. Se as leis trabalhistas são inevitáveis, que a aplicação

661 As empresas, com melhor acesso ao órgão, conseguiam empurrar o prazo do início da efetividade da lei, discutindo coisas do tipo: "qual trabalhador de fato está inserido na lei de férias? Eles não estão nomeados [...] A lei de férias é um abuso contra a liberdade do empregado de querer trabalhar [...] O empregado intelectualmente inferior usará suas férias para o ócio e para o vício, dando-lhes as férias estaríamos incentivando os maus hábitos [...]".

> destas seja controlada não pelo movimento operário e os sindicatos [...], mas por um Estado tecnicamente aparelhado para essa função, inclusive absorvendo e controlando os próprios sindicatos."[662]

E exatamente assim ocorreu. Getulio Vargas no poder implementou o Corporativismo inexoravelmente na alma e no corpo do Estado e das relações trabalhistas, absorvendo totalmente os sindicatos de tal forma que estes eram apenas extensões do Governo Getulista.

O Corporativismo é uma doutrina – ou sistema – baseada no espírito associativo das atividades profissionais. Como estas formariam um corpo, não poderia haver, por esse pensamento, nenhum tipo de conflito e dissensão, para isso se buscava o equilíbrio entre as forças, geralmente através de um maior poder para quem as controla, visando tornar secundários os interesses individuais.[663]

Através do Corporativismo entendia-se que os choques, os conflitos sociais seriam antinaturais, anomalias a serem combatidas e que os interesses conflitantes em uma sociedade existiriam como produto da ausência de leis. Dessa forma, a luta de classes não se daria pelo antagonismo entre estas gerada pelo capitalismo, mas por erro jurídico traduzido por um liberalismo que não era capaz de refrear o que consideravam "paixões". Assim, a classe não passaria de transposição do egoísmo do indivíduo liberal para o nível de grupo que necessitava ser refreado.

Vargas, ao implementar o Corporativismo no Brasil, temperou-o com um sentimento de nacionalismo que desde a década de vinte, pelo menos, vinha sendo construído no país. Assim a necessidade corporativista de legislação para imposição de moral foi inaugurada, na prática, através do Decreto nº 19.433, que criou o Ministério do Trabalho, que seria o aparelho estatal baseado em instrumentos teóricos, técnicos e racionais capaz de redefinir ou fazer Leis Trabalhistas.

O Ministério do Trabalho foi formado tendo como composição vários órgãos compostos por técnicos especialistas. Dessa forma, den-

---

662 MUNAKATA, Kazumi. *Op. cit.*, p. 64.

663 O Corporativismo teria nascido na Idade Média e renascido em 1891, ano em que o Papa Leão XIII promulgou a Encíclica *Rerum Novarum*. Um dos teóricos mais renomados desse sistema, Emile Durkeim, descreveu sua teoria no livro "Divisão do Trabalho Social". Foi, entretanto, na Itália Fascista que o modelo corporativista alcançou a sua maior concretização no mundo moderno.

tre os muitos, os que mais são importantes na análise de questões trabalhistas podemos citar o Conselho Nacional do Trabalho, reformado em 1934 pelo Decreto nº 14.784, que contava com um conselho de representantes de patrões e empregados e com uma forte influência do Estado, cabendo a CNT o controle do sistema previdenciário.

Outro órgão importante no projeto do governo era o Departamento Nacional do Trabalho, criado pelos Decretos nºs 19.667 e 19.671-A, em fevereiro de 1931. Este era encarregado de todas as questões relativas à execução, fiscalização e cumprimento da legislação trabalhista.

Dentro desse órgão são cunhadas as Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento, que passam a funcionar praticamente como órgãos da futura Justiça do Trabalho. O objetivo principal dessas Comissões era cumprir os ditames Corporativistas, isto é, cuidar da supressão de choques entre patrões e empregados, promovendo a conciliação.

As Comissões Mistas são compostas por três representantes patronais e três dos trabalhadores, presididas por uma pessoa indicada pelo Ministro do Trabalho. A convocação é feita por qualquer parte litigante e a sessão é secreta, só podendo participar os representantes, o presidente da Comissão e as partes interessadas. Advogados não são permitidos e isso é justificado à época sob a alegação de que estes seriam muito intransigentes e que só dificultavam a conciliação. Caso esta última não acontecesse o presidente da Comissão proporia às partes levar a questão a um juízo arbitral ou ao Ministério do Trabalho que nomearia uma comissão especial para examinar o caso.

Para resolver não coletivamente, mas individualmente, os conflitos resultantes das relações de trabalho, são criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento em 1932 (Decreto nº 22.132). As juntas são formadas por um representante dos patrões e por um dos empregados presididos por um indivíduo nomeado pelo Ministro do Trabalho. Os procedimentos de suas sessões são semelhantes aos das Comissões Mistas, a diferença é que os litigantes podem ser acompanhados de testemunhas e as Juntas tinham faculdade de julgar. As Juntas eram instância única, porém às penalidades por ela impostas cabiam recursos ao DNT e às Inspetorias Regionais do Trabalho.

O DNT cunhou uma série de leis trabalhistas com o intuito explícito de eliminar conflitos presentes e futuros. Era claro, e esta era a mensagem, que o trabalhador não precisava lutar por mais nada, tudo seria dado e, ainda que não fosse o ideal, estaria revestido de uma aura científica de análise e estudo de técnicos altamente competentes.

Assim ocorreu com a questão das oito horas diárias, reivindicada por todos os trabalhadores. O DNT não consolidou o Princípio da Jornada de oito horas. Dentro da teoria Corporativista examinou profissão por profissão, dissolvendo a unidade dos trabalhadores na luta pela jornada de oito horas e dando, por fim, as mesmas oito horas para cada uma das profissões. Da mesma forma aconteceu com o descanso remunerado mínimo de 24 horas a cada seis dias de trabalho, a previsão de descanso e refeição durante a jornada de trabalho, as horas extras etc.

Feitas em um todo foram as leis que regulamentavam o trabalho das mulheres (Decreto nº 21.417-A) e o trabalho de menores (Decreto nº 22.042). Mas estes não representavam, em 1932, quando da criação dessas leis, uma força capaz de organizar os trabalhadores como um todo em torno de suas reivindicações.

No caso do trabalho feminino foi consagrado o Princípio – desobedecido historicamente neste país – de igualdade de remuneração, bem como foi proibido o trabalho insalubre e noturno. A lei chegou a estabelecer o peso máximo que uma mulher poderia carregar no trabalho e estabeleceu uma série de medidas de proteção à maternidade.

A lei acerca do trabalho de menores era, de fato, uma reforma do antigo Código de Menores e proibia o trabalho de menores de 14 anos, indicava os locais e as condições em que o menor não poderia trabalhar e determinava os documentos para a sua admissão. A questão da duração do trabalho, que encontrava resistência por parte dos industriais, foi simplesmente remetida à legislação comum, oito horas diárias, 48 horas semanais.

A resistência dos patrões, portanto, não está eliminada com o implemento do Corporativismo, ela somente se faz de maneira menos aberta, os bastidores são o palco principal para eles.

Um exemplo desse trabalho nos bastidores pode ser visto na reforma da lei de acidentes de trabalho de 1934 (Decreto nº 24.637), a resistência foi tamanha por parte dos patrões que a sua regulamentação não foi possível nos moldes que se pretendia. Regulamentou-se em 1935 (Decreto nº 85) nos termos aceitáveis aos industriais.

A Lei de Férias é ainda mais pontual nessa questão de resistência e obtenção de vitórias por parte dos empregadores. Em 1931, mesmo a lei tendo já instituído as férias, estas foram suspensas com exceção daquelas referentes ao ano anterior, e o prazo para o cumprimento da lei foi exaustivamente prorrogado até 1933.

A Lei de Férias acabou sendo reformada no modelo mais interessante para os patrões. Os Decretos nºs 23.103, de 1933, e nº 23.768, de 1934, reafirmaram o direito às férias anuais de 15 dias porém os empregados do comércio só poderiam gozar as férias em dois períodos, nunca inferiores a sete dias, e os da indústria *poderiam* fazê-lo de uma só vez ou parceladamente, em períodos não inferiores a cinco dias, e a época de concessão seria de livre escolha do estabelecimento. Talvez devêssemos chamar, por simpatia ou galhofa, esses decretos não de Lei de Férias, mas Lei de Folgas.

Esses decretos que regulamentavam as "férias" traziam em seu bojo uma armadilha muito interessante ao Corporativismo. Como através deste era interessante o controle dos trabalhadores, a sindicalização – em sindicatos que se tornavam cada vez mais corporativistas e menos combativos – era interessante. Assim, só poderiam ter férias os trabalhadores associados a sindicatos, obviamente reconhecidos pelo Ministério do Trabalho.

Essa armadilha também é encontrada na criação da Carteira Profissional (Decretos nºs 21.175 e 22.035), um documento imprescindível para a sindicalização, para o gozo de férias, para apresentação de queixas nas Juntas de Conciliação, para a obtenção de empréstimos e tudo o mais que teria direito um trabalhador. A carteira somente seria expedida para trabalhadores sindicalizados e estes somente poderiam estar em um sindicato com a carteira. Esse documento, que os governos das décadas de 60 e 70 tanto buscaram valorizar, inclusive através de propagandas, foi visto, a princípio, e de fato o era, como um instrumento de controle e dominação.

A Constituição de 1934 ratifica essa posição Corporativista, e a Constituição de 1937 dá mais condições para que ela seja colocada em prática na plenitude possível do Brasil. Isso acontece porque, com o Estado Novo, o controle dos Sindicatos é total, a subordinação da sociedade é impressionante e, assim, se torna mais fácil legislar para tentar minimizar ou acabar com as "paixões" geradas pelo individualismo. Com o Estado Novo a vida social e política assumem, definitivamente, caráter público, sendo incorporadas como parte integrante do Estado, efetivando-se a publicização do privado.

CAPÍTULO XVIII
BRASIL: DE 1946 À DITADURA MILITAR

1. O Fim do Estado Novo e a Constituição de 1946

A partir de 1942, quando a posição do Brasil na II Guerra Mundial se definiu em favor das potências liberais, o que acabou por fazer com que o país se engajasse no conflito contra os regimes totalitários, as contradições nascidas com essa tomada de posição repercutiram no cenário político interno. Como explicar um Estado com tantas características fascistas que envia seus cidadãos para lutar e morrer contra o fascismo, em defesa dos ideais antiautoritários?

Mas somente essa contradição não poderia explicar a queda do Estado Novo. Em 1943, esgotara-se o prazo que o Estado impusera para a Legitimação da Constituição de 1937, por meio de um plebiscito, e muitos exigiam uma maior participação política e a volta do país a uma situação mais "legalizada".

O próprio Vargas havia se comprometido a redemocratizar o país quando acabasse a guerra, mas, como muitas de suas promessas haviam sido remetidas ao esquecimento, em 1945, quando a Guerra terminou, as agitações pela redemocratização iniciaram-se.

Com as pressões, Getúlio Vargas começou a abrir um pouco a política brasileira, permitiu partidos políticos, fundando um (o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro) que mobilizava a burocracia sindical fiel a ele e ajudando a fundar outro (o PSD – Partido Social Democrata); e concedeu, ainda, anistia política.

Entretanto, o Presidente manobrava para se manter no poder. Como a Constituinte somente poderia reunir-se após a eleição presidencial marcada para dezembro de 1945, trabalhistas e comunistas (com ideologia antiimperialista) lançaram a campanha conhecida como "queremismo": "queremos Getúlio". Com o tempo o grito dos que apoiavam Getúlio Vargas mudou, passaram de "queremos Getúlio" para "Constituinte com Getúlio", desejando, portanto, a continuidade de Vargas no poder e começando a Constituinte antes da eleição presidencial.

Mesmo diante de toda força popular, os opositores de Vargas acabaram por engendrar um golpe de Estado. Em 29 de outubro de 1945, Getúlio foi obrigado a abandonar o poder, transmitindo-o ao judiciário. Estava encerrado o Estado Novo, ao menos em tese.

De 1946 em diante, a marca de Vargas permaneceria indelével na política e na sociedade brasileira. O movimento operário, que retomou seu vigor no princípio de 1946, manteve-se apartidário, e os políticos, mesmo após o suicídio de Getúlio em 54, alinhavam-se entre os que eram varguistas e o que eram antivarguistas.

1.1. A Constituição de 1946

Um pouco mais de um mês depois da deposição de Vargas pelos militares, em 2 de dezembro de 1945, foi realizada a eleição para presidente, abrindo caminho para a feitura da nova Constituição em 1946.

A Ordem dos Advogados do Brasil chegou a indicar uma lista de estudiosos em legislação para a elaboração de um anteprojeto, a tentativa tinha por objetivo substituir a estrutura autocrática imposta em 1937.[664] Mas, ao contrário das anteriores, a Constituição de 1946 não foi precedida de uma comissão especial nomeada pelo Executivo.

Em setembro de 1946, foi aprovada a versão final da nova Constituição do Brasil, cuja base foi a Constituição de 1934, contendo todos os receios que acompanham um país que acabou de sair de uma ditadura e um alinhamento cada vez mais evidente com os Estados Unidos que, após a II Guerra, tornaram-se o líder do bloco capitalista da Guerra Fria.[665]

1.1.1. O Poder Executivo

Foi mantido o presidencialismo na Constituição de 1946, entretanto, a definição de Poder Executivo mudou. Enquanto a Constituição de 1934 não previa Vice-Presidente, esta o fazia, mas o vice não era por definição elemento de composição do Executivo:

---

664 SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 91.

665 Essa inserção do Brasil na Guerra Fria alinhado aos EUA, tornou-se oficial após o Tratado de Assistência Mútua assinado pelos dois países em 1947, e pela IX Conferência Interamericana realizada em Bogotá, no qual o Brasil associou-se ao sistema de segurança do hemisfério ocidental atlântico.

> “Art. 78. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República.”

O Vice-Presidente da República seria o substituto do Presidente:

> “Art. 79. Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente da República.”

As eleições para Presidente e Vice-Presidente da República passaram a ser feitas simultaneamente, mas em pleitos independentes. Isso significava que se poderia votar em um indivíduo para presidente e em outro para vice sem que os dois pertencessem à mesma chapa.

Mas o primeiro Vice-presidente seria eleito pelos próprios Constituintes:

> “Art. 1º A Assembléia Constituinte elegerá, no dia que se seguir ao da promulgação deste Ato, o Vice-Presidente da República para o primeiro período constitucional.
> § 1º Essa eleição, para a qual não haverá inelegibilidades, far-se-á por escrutínio secreto e, em primeiro turno, por maioria absoluta de votos, ou, em segundo turno, por maioria relativa.”

Uma questão envolvendo a vice-presidência também causa estranheza para o modelo atual. O Vice era também o Presidente do Senado Federal, portanto do Congresso. Isso poderia ser uma ingerência do Executivo no Legislativo, mas, conforme afirmado anteriormente, o Vice-Presidente não fazia parte do Poder Executivo:

> “Art. 61. O Vice-Presidente da República exercerá as funções de Presidente do Senado Federal, onde só terá voto de qualidade.”

Mas, de fato, o controle do Legislativo sobre o Executivo é que tinha aumentado. Embora a nomeação de ministros ainda ficasse por conta do Presidente da República, estes deveriam comparecer compulsoriamente ao Congresso quando convocados para interpelações e esclarecimentos:

> “Art. 54. Os ministros de Estado são obrigados a comparecer perante a Câmara dos Deputados, o Senado Federal ou qualquer das suas comissões, quando uma ou outra câmara os convocar para, pessoalmente, prestar informações acerca de assunto previamente determinado.”

1.1.2. O Poder Legislativo

O Poder Legislativo voltou a ser composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado – que havia sido extinto pela Constituição de 1937. O mandato dos Deputados seria de quatro anos, e o número de cadeiras na Câmara por estado seria fixado posteriormente por lei:

> “Art. 56. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios.”
>
> “Art. 57. Cada legislatura durará quatro anos.”
>
> “Art. 58. O número de Deputados será fixado por lei, em proporção que não exceda um para cada cento e cinqüenta mil habitantes até vinte Deputados, e, além desse limite, um para cada duzentos e cinqüenta mil habitantes.”

O Senado, composto por pessoas de no mínimo trinta e cinco anos, teria três representantes de cada Estado:

> “Art. 60. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.
> § 1º Cada Estado, e bem assim o Distrito Federal, elegerá três Senadores.
> § 2º O mandato de Senador será de oito anos.
> § 3º A representação de cada Estado e a do Distrito Federal renovar-se-ão de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e por dois terços.”

A função dos Senadores incluía aprovar membros indicados do Judiciário:

> "Art. 63. Também compete privativamente ao Senado Federal:
> I – aprovar, mediante voto secreto, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos por esta Constituição, do Procurador-Geral da República, dos ministros do Tribunal de Contas, do prefeito do Distrito Federal, dos membros do Conselho Nacional de Economia e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente".

Bem como suspender decretos e leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

Uma inovação relativa ao Legislativo foi a possibilidade de serem criadas Comissões Parlamentares de Inquérito:

> "Art. 53. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.
> Parágrafo único. Na organização dessas comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40."[666]

Parece ter sido também a Constituição de 1946 a primeira a indicar vencimentos extras a Deputados e Senadores por comparecimento em Plenário, os chamados *jetons*:

666 "Art. 40. A cada uma das câmaras compete dispor, em regimento interno, sobre sua organização, polícia, criação e provimento de cargos. Parágrafo único. Na constituição das comissões, assegurar-se-á, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais que participem da respectiva câmara."

> “Art. 47. Os Deputados e Senadores vencerão anualmente subsídio igual e terão igual ajuda de custo.
> § 1º O subsídio será dividido em duas partes: uma fixa, que se pagará no decurso de um ano, e outra variável, correspondente ao comparecimento.”

Indica, também, a mesma Constituição que membros do Legislativo podem exercer cargos do Executivo sem, contudo, ter que abrir mão do mandato:

> “Art. 51. O Deputado ou Senador investido na função de ministro de Estado, interventor federal ou secretário de Estado não perde o mandato.”

1.1.3. O Poder Judiciário

Essa Constituição restaurou a autonomia do Poder Judiciário, afiançando novamente a independência desse poder e as garantias clássicas aos magistrados, como no artigo 95 que indica que os juízes contam com a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade dos vencimentos etc.

A autonomia do Poder Judiciário foi retomada também porque, se durante o Estado Novo os Tribunais Federais e Estaduais não podiam eleger seus próprios órgãos de direção – a presidência e a vice-presidência do Supremo Tribunal Federal eram ocupadas por pessoas indicadas por Vargas, por exemplo –, a Constituição de 1946 deu novamente aos membros do judiciário o poder de eleger seus dirigentes e estabelecer os parâmetros de sua organização interna:

> “Art. 97. Compete aos tribunais:
> I – eleger seus presidentes e demais órgãos de direção;
> II – elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei, e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;
> III – conceder licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros e aos juízes e serventuários que lhes forem imediatamente subordinados.”

O Poder Judiciário, pela Constituição de 1946, ficou estruturado da forma como indica o artigo 94:

> "Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:
> I – Supremo Tribunal Federal;
> II – Tribunal Federal de Recursos;
> III – juízes e tribunais militares;
> IV – juízes e tribunais eleitorais;
> V – juízes e tribunais do trabalho."

Assim, o Supremo Tribunal Federal seria composto, a princípio, por onze ministros indicados pelo Presidente da República e referendados pelo Senado Federal (arts. 98 e 99). Ao Supremo caberia conforme explicita o artigo 101:

> Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:
> I – processar e julgar originariamente:
> a) o Presidente da República nos crimes comuns;
> b) os seus próprios ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;
> c) os ministros de Estado, os juízes dos tribunais superiores federais, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os chefes de missão diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;
> d) os litígios entre Estados estrangeiros e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os municípios;
> e) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes;
> f) os conflitos de jurisdição entre juízes ou tribunais federais de Justiças diversas, entre quaisquer juízes ou tribunais federais e os dos Estados, e entre juízes ou tribunais de Estados diferentes, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios;

g) a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros, e a homologação das sentenças estrangeiras;
h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumar a violência, antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer do pedido;
i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, da Mesa da Câmara ou do Senado e do Presidente do próprio Supremo Tribunal Federal;
j) a execução das sentenças, nas causas da sua competência originária, sendo facultada a delegação de atos processuais a juiz inferior ou a outro tribunal;
k) as ações rescisórias de seus acórdãos;
II – julgar em recurso ordinário:
a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;
b) as causas decididas por juízes locais, fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País;
c) os crimes políticos;
III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:
a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

> d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal;
> IV – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.

O Tribunal Federal de Recursos, conforme comenta a professora Rosalina Corrêa de Araújo, teria sido criado em um momento em que o Supremo estaria com uma excessiva carga de trabalho, ocasionada pelos encargos atribuídos a ele pelas Constituições anteriores. Dessa forma, ainda segundo a mesma autora, pretendia-se através do novo tribunal, limitar as competências do Supremo Tribunal Federal, restringindo os casos de cabimento de Recurso Extraordinário e buscando transferir as matérias que o tornavam segunda instância, especialmente aquelas referentes aos interesses da Fazenda Nacional, para os tribunais estaduais ou para as câmaras especiais.[667] Assim, esse Tribunal ficou estabelecido na Constituição de 1946:

> "Art. 103. O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de nove juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99."

As atribuições desse Tribunal foram explicitadas no artigo seguinte:

> "Art. 104. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:
> I – processar e julgar originariamente:
> a) as ações rescisórias de seus acórdãos;
> b) os mandados de segurança, quando a autoridade coatora for ministro de Estado, o próprio tribunal ou o seu Presidente;
> II – julgar em grau de recurso:

667 ARAUJO, Rosalina Corrêa. **Estado e Poder Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 304.

> a) as causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou opoente, exceto as de falência; ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a da Justiça Militar;
> b) as decisões de juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coautora;
> III – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos."

O Tribunal de Recursos, diferentemente de Tribunais Federais clássicos, que existem somente em uma localidade, geralmente a capital do país, poderia existir em diferentes localidades, se aprovados pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Art. 105. A lei poderá criar, em diferentes regiões do País, outros Tribunais Federais de Recursos, mediante proposta do próprio tribunal e aprovação do Supremo Tribunal Federal, fixando-lhes sede e jurisdição territorial e observados os preceitos dos arts. 103 e 104."

A Constituição de 1946 estabeleceu de maneira muito objetiva o Controle de Constitucionalidade, explicitando a supremacia do Poder Judiciário para o tratamento da matéria e indicando os papéis de Judiciário e Legislativo no Controle de Constitucionalidade. O Poder Judiciário trataria de votar a inconstitucionalidade da matéria, e o Senado deveria suspender a lei ou decreto declarado inconstitucional:

> "Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público."

> "Art. 64. Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto

> declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

A inconstitucionalidade poderia, inclusive, levar a intervenção dos Estados (artigo 7º) e, nesse caso, a suspensão da lei ou ato declarado inconstitucional estaria sob a responsabilidade do Congresso Nacional (artigo 13).

Durante a vigência da Constituição de 1946, outras leis regularam a matéria. Nas palavras de Paulo Bonavides:

> "[...] duas importantes leis disciplinaram a matéria de constitucionalidade relativa ao controle estabelecido no parágrafo único do art. 8º de salvaguarda dos princípios básicos do nº VII do art. 7º. Essas leis foram a nº 2.271, de 22 de julho de 1954, e a nº 4.377, de 1º de junho de 1964. A primeira delas resultou na criação de um novo instrumento processual, a saber, a chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade, verdadeiro ponto de partida para a nova forma de controle – o da via de ação, que se acrescentava à já existente via incidental ou de exceção. Acontece, porém, que o novo caminho aberto à verificação judiciária da constitucionalidade das leis era deveras apertado, não abrangendo senão atos vinculados à hipótese de intervenção federal [...]"[668]

Os Crimes Políticos, que antes da Constituição de 1937 eram, geralmente, tratados pelos códigos penais, passaram a ser responsabilidade da Justiça Criminal. A Constituição de 1946 repetiu a anterior nesse ponto. Crimes chamados de Crimes Contra a Segurança Nacional mantiveram a Justiça Militar como órgão do judiciário para o julgamento destes:

> "Art. 108. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os

668 BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 260.

> militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.
> § 1º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares."

A Justiça Eleitoral, que, na Constituição de 1937, havia sido excluída do Poder Judiciário, retornou a este em 1946, porém, como em 1934, a Constituição de 1946 não previu também a Justiça Eleitoral com composição ou um corpo próprio de juízes. Os juízes seriam aproveitados de forma que, durante um tempo, teriam a outorga jurisdicional plena para funções eleitorais.[669]

Já a Justiça do Trabalho finalmente, após ser citada como o nome de Justiça sem ser integrada ao Poder Judiciário nas Constituições de 34 e 37, passou, a partir da Constituição de 1946, a integrá-la na categoria de Justiça Federal Especializada.[670] Assim estruturava-se:

> "Art. 122. Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:
> I – Tribunal Superior do Trabalho;
> II – Tribunais Regionais do Trabalho;
> III – juntas ou juízes de conciliação e julgamento."

E suas atribuições passaram a estar mais claras, conforme se pode atestar pelo artigo 123 que indica que seu papel não é somente de conciliação, mas de julgamento:

> "Art. 123. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial."

1.1.4. Ministério Público

O Ministério público foi previsto na Constituição de 1946 para as Justiças e os Estados, conforme pode ser visto nos artigos seguintes:

---

669 ARAUJO, R. C. *Op. cit.*, p. 317.
670 *Ibidem*, p. 323.

> “Art. 125. A lei organizará o Ministério Público da União junto à Justiça comum, à Militar, à Eleitoral e à do Trabalho.”
>
> “Art. 126. O Ministério Público Federal tem por chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 99, é demissível *ad nutum*.
> Parágrafo único. A União será representada em juízo pelos procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local.”
>
> “Art. 127. Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.”
>
> “Art. 128. Nos Estados, o Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.”

1.1.5. Estados e Municípios

Os estados retomaram a autonomia perdida com a Revolução de 1930, assim sendo a intervenção federal somente poderia se dar em casos extremos, como os citados no artigo abaixo ou no caso de inconstitucionalidade já discutido anteriormente.

> “Art. 7º O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para:
> I – manter a integridade nacional;

> II – repelir invasão estrangeira ou a de um Estado em outro;
> III – pôr termo a guerra civil;
> IV – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais;
> V – assegurar a execução de ordem ou decisão judiciária;
> VI – reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida externa fundada;
> VII – assegurar a observância dos seguintes princípios:
> a) forma republicana representativa;
> b) independência e harmonia dos Poderes,
> c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
> d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato;
> e) autonomia municipal;
> f) prestação de contas da administração;
> g) garantias do Poder Judiciário."

A independência do município também é vista nesse texto constitucional. Continuavam sendo nomeados pelos governadores os prefeitos de capitais e de estâncias hidrominerais e mais, tornando a questão mais aberta e passível de modificações, os constituintes indicaram que seriam nomeados, também, os prefeitos de cidade que fossem consideradas pelo Conselho de Segurança Nacional como áreas de importância para a segurança do país:

> "Art. 28. A autonomia dos municípios será assegurada:
> I – pela eleição do prefeito e dos vereadores;
> II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,
> a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;
> b) à organização dos serviços públicos locais.
> § 1º Poderão ser nomeados pelos governadores dos Estados ou dos Territórios os prefeitos das

capitais, bem como os dos municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.
§ 2º Serão nomeados pelos governadores dos Estados ou dos Territórios os prefeitos dos municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País."

1.1.6. Os Direitos

A Constituição de 1946 confirmou o direito de voto para alfabetizados maiores de 18 anos e a obrigatoriedade de alistamento de voto para homens e mulheres:

"Art. 131. São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei."

"Art. 132. Não podem alistar-se eleitores:
I – os analfabetos;
II – os que não saibam exprimir-se na língua nacional;
III – os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.
Parágrafo único. Também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes-a-oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior."

"Art. 133. O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei."

"Art. 134. O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer."

Quatro anos após a entrada em vigor da Constituição de 1946, foi promulgado o novo Código Eleitoral (1950), este acabou com o alista-

mento *ex officio*. Daí em diante, o alistamento ocorreria somente por iniciativa do eleitor e este era obrigado a fazê-lo se estivesse dentro dos parâmetros constitucionais para tal.[671]

No tocante aos Direitos Individuais, esta é uma das Constituições mais interessantes, por sua época, pelas palavras utilizadas e, principalmente, por terem alguns de seus contemporâneos chamado-a de "A Liberal".

Sua liberalidade foi tão rasa quanto poderia ser em um período que foi marcado pelo surgimento da Guerra Fria, dos Blocos Comunista e Capitalista, a consequente bipolarização do mundo e a lembrança muito recente de uma Guerra Mundial.

"A Liberal" não tocou no assunto *sindicatos*, a não ser para afirmar que estes deveriam estar conforme a lei (art. 159) e, embora tenha mantido todas as garantias trabalhistas dadas por Vargas, era necessário manter o controle nada magnânimo do período da ditadura varguista, quanto ao maior problema rural brasileiro, a excessiva concentração de terras nas mãos de poucos, nem sempre dispostos a fazer algo com elas, a Constituição de 46, no máximo indicou a isenção de imposto territorial para propriedades rurais de até 20 hectares, pertencentes a um indivíduo ou a uma família (art. 15, inciso VI, § 1º).

Quanto aos Direitos Individuais, a Constituição de 1946 retomou muitas garantias e tornou constitucionais outras, porém sempre havia restrições relativas a partidos ou manifestações contrárias ao "regime democrático" – o empastelamento de jornais e fechamento de sindicatos não eram considerados antidemocráticos.

É interessante lembrar que, com o alinhamento do Brasil ao Bloco Capitalista capitaneado pelos Estados Unidos na Guerra Fria, os "outros", o Bloco Comunista, era considerado antidemocrático por definição. Assim, afirmava o artigo 141, § 13, da Constituição de 1946:

> "§ 13. É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos

671 No mesmo Código Eleitoral foi modificada a fórmula para a distribuição de cadeiras entre os partidos nas eleições para a Câmara dos Deputados. Esse sistema continua em vigor até hoje, só tendo sido ligeiramente modificado em 1998, quando os votos em branco deixaram de ser contabilizados no cálculo do quociente eleitoral (NICOLAU, Jair. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 48).

> partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem."

Outros parágrafos do mesmo artigo indicam garantias que foram deixadas de lado no período da ditadura militar e, em certos casos, até antes:

> Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.
> § 1º Todos são iguais perante a lei.
> § 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
> § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
> § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.
> § 5º É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.
> § 6º É inviolável o sigilo da correspondência.
> § 7º É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.
> § 8º Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei

aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.
[...]
§ 11. Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com este intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.
§ 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.
§ 13. É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.
[...]
§ 15. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.
[...]
§ 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.
§ 21. Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.
§ 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.
§ 23. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

> § 24. Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
> § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.
> § 26. Não haverá foro privilegiado, nem juízes e tribunais de exceção.
> § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.
> § 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
> § 29. A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.
> § 30. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.
> [...]"

2. A Ditadura Militar

2.1. Antecedentes

A ditadura de Vargas desarticulou o movimento operário que havia obtido alguma visibilidade desde o início do século e, após 1945, o Estado passou a buscar uma cada vez maior consolidação da estrutura oficial do sindicalismo no Brasil, entretanto, nos primeiros anos do Governo Dutra, que substituiu o Estado Novo, a paralisia do movimento se quebrou e os trabalhadores viram na conjuntura democrática

uma possibilidade de resolução de seus problemas salariais e de sobrevivência.[672]

Nos primeiros anos após a queda da ditadura, houve muitas greves e a resposta de Dutra foi violenta, chegando 143 sindicatos a ficarem sob intervenção. O direito de greve, assegurado pelo artigo 158 da Constituição de 1946 acabou sendo restringido por um decreto anterior, o de número 9.070, de 1945, como se uma lei ou decreto pudesse superar uma Constituição.

Essa situação do Governo Dutra estendeu-se durante todo o período de 1945 a 1964, com um breve intervalo, quando Vargas assumiu o poder pelo voto em 51. Isso porque Vargas apoiou-se nos operários e em uma política nacionalista. Essa tendência acabou gerando toda a crise que deu origem ao seu suicídio em 1954.

No campo econômico, as décadas de 40 e 50 foram favoráveis, na medida em que os Estados Unidos, por razões estratégicas, haviam procurado sustentar os preços dos produtos latino-americanos no mercado internacional e, somado a isso, o Brasil havia saído da II Guerra Mundial com um bom saldo na balança comercial.

O Capital estrangeiro pressionava cada vez mais a entrada no país, e os industriais – mesmo os brasileiros – passaram a exigir maior participação da iniciativa privada na economia brasileira. O capitalismo brasileiro integrava-se no sistema econômico mundial sob a hegemonia dos Estados Unidos.

O processo de industrialização – com capital nacional e estrangeiro – acabou por se concentrar no Centro-Sul do país, levando a um imenso e descontrolado crescimento das cidades nessas regiões. Com a urbanização acelerada, problemas cresciam na mesma proporção: desemprego urbano, favelização, aumento da criminalidade e uma maior possibilidade de participação dessa crescente massa urbana nas decisões do país.[673]

O deslocamento do eixo econômico do rural para o setor urbano industrial fazia com que a importância política das classes médias e do operariado crescesse em igual intensidade. Cada vez mais, as cidades como o Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte figuravam como áreas de grande expressão eleitoral. Se a Constituição de 1946 havia

---

672 O salário-mínimo estava congelado desde 1943, a legislação trabalhista, incluindo aí a CLT não estavam sendo cumpridas.

673 RODRIGUES, Marly. **A década de 50**: populismo e metas desenvolvimentistas no Brasil. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001, *passim*.

mantido o voto somente para alfabetizados, era nesses lugares que eles mais se concentravam.

Esse contingente urbano, conforme tomava ciência, ainda que parcial, de seu poder de voto, exigia não somente maior participação política, mas maiores direitos sociais – como saúde e educação – e aumento das possibilidades de emprego e consumo:[674]

> "Essa emergência das massas urbanas no jogo político já havia sido percebida por Getúlio Vargas. [...] Entretanto, a continuidade da manipulação das aspirações populares, iniciada por Getúlio na década anterior, deveria se adaptar a uma situação política nova. Com a redemocratização, seria necessário considerar a resposta do eleitorado às decisões e atitudes tomadas. E ainda seria preciso continuar, e cada vez mais, a desenvolver estratégias visando conquistar o eleitorado, prevendo suas expectativas. Firmava-se as bases da 'democracia populista' no país [...]. A partir de então firmou-se a figura do 'político populista'. Esses líderes políticos regionais, ou de expressão nacional, como Jânio Quadros, estiveram presentes no cenário político brasileiro até o advento da ditadura militar em 1964."[675]

O período de 1945 a 1964, chamado por alguns de "experiência democrática" foi, portanto, uma fornalha, prestes a explodir. De um lado, o operariado urbano desejoso de maior participação e melhorias de vida, junto com eles uma massa crescente de despossuídos que ocupavam os morros e periferias das cidades; de outro lado a elite, acostumada a não ter muitos problemas para impor sua vontade; no meio, a classe média urbana, nova e extremamente ansiosa em parecer-se em consumo e pensamento com os da classe alta. Em suma, um barril social de pólvora.

Esse período não foi democrático de forma absoluta, como poderia parecer ao passar os olhos pela Constituição de 1946. Em menos de

---

674 BERCITO, Sonia de Deus Rodrigues. **O Brasil na década de 40**: autoritarismo e democracia. São Paulo: Ática, 1999, p. 79 e ss.

675 Ibidem, p. 81.

vinte anos, não levando em conta o golpe que derrubou Getúlio Vargas em 1945, os militares intervieram na política de forma abrupta pelo menos duas vezes: uma para garantir a eleição de Juscelino Kubistchek e outra para derrubar João Goulart, inaugurando a Ditadura Militar.

O movimento militar de 1964 não nasceu da noite para o dia, não foi tampouco o produto de uma preocupação momentânea dos militares com os "destinos da nação", foi sim, antes de tudo, o momento culminante e o desfecho de uma longa crise gerada pelas instabilidades institucionais que subsistiram no país desde 1930.

Os destinos do Brasil estavam incorporados aos interesses internacionais e nacionais. Esses interesses não tinham por objetivo o engrandecimento da Nação por via democrática, mas um enquadramento do país, a qualquer custo, para que a elite nacional, aliada a interesses internacionais – econômicos e estratégicos –, não tivesse que abrir mão desses interesses. Bons exemplos disso são o Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais e a nova mentalidade de Segurança Nacional importada por nossos militares dos Estados Unidos.

Desde a posse de João Goulart, a liderança da elite brasileira, aliada às multinacionais passou à ação golpista e um de seus instrumentos foi o IPES (Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais) que tinha duas faces: a primeira, pública, apresentava-se como um movimento de homens de negócio que buscavam contribuir para o debate sobre o país; a outra, "coordenava uma sofisticada e multifacética campanha política, ideológica e militar contra o governo constitucional de Goulart."[676]

Pela nova mentalidade militar, incorporada amplamente pelas altas patentes da chamada "Sourbonne Brasileira", a Academia Militar das Agulhas Negras, o inimigo a quem as forças armadas deveriam combater não era mais o estrangeiro, eram os indivíduos e os grupos que, com alcunha comunista,[677] pudessem pôr em risco a ordem no país.

E agitação e motivos para esta não faltavam nas vésperas do golpe de abril de 1964, o país vivia um momento econômico muito grave, conforme descreve Elio Gaspari:

676 PAES, Maria Helena Simões. **A década de 60**: rebeldia, contestação e repressão política. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 41.

677 Esse termo foi utilizado de maneira tão ampla que poderia ser sinônimo de qualquer um que não concordasse com a política instituída.

> "Os investimentos estrangeiros haviam caído à metade. A inflação fora de 50% em 1962 para 75% no ano seguinte. Os primeiros meses de 1964 projetavam uma taxa anual de 140%, a maior do século. Pela primeira vez desde o fim da Segunda Guerra a economia registrara uma contração na renda per capita dos brasileiros. As greves duplicaram, de 154 em 1962, para 302 em 63. O governo gastava demais e arrecadava de menos, acumulando um déficit de 504 bilhões de cruzeiros, equivalente a um terço total das despesas. Num país onde a tradição dava aos ministros da Fazenda uma média de vinte meses de permanência no cargo, Goulart dera pouco mais de seis meses a seus cinco ministros."[678]

Se havia agitação dever-se-ia acabar com ela. A visão de uma grande parte da elite e da classe média era simplista a esse ponto. Não importava se a agitação era apenas fruto de uma causa:

> "Ora, só uma visão ingênua do processo político permite aceitar a agitação como decorrente de atos de vontade. Para essa visão, no entanto, a turbulência da vida política era devida a tais atos: havia agitação porque havia agitadores. Detidos os agitadores, a agitação cessaria, o País entraria na normalidade e tudo se resolveria do melhor modo, pelos processos mais convenientes. É claro que a agitação constituía mero sintoma: estava para a crise como a febre está para a infecção. Como sintoma, a agitação, tomada isoladamente, era irrelevante. Suprimi-la não era, de forma alguma, suprimir a crise. Inflação, greves, turbulência militar alarmavam seriamente áreas bem definidas da sociedade brasileira. Reduzir tais sintomas, suprimi-los, se possível, representava um ideal, para tais áreas. Era possível reduzir algumas, suprimir outras, empregando um remédio

678 GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 48.

forte, já conhecido de experiências anteriores: o golpe militar."[679]

E assim foi feito entre 31 de março e primeiro de abril de 1964. O país dobrou o cabo da democracia em direção a uma ditadura que tornar-se-ia cada vez mais fechada, mais violenta e disposta a não reconhecer a linha divisória entre a legalidade e a ilegalidade.

2.2. O Ato Institucional (o número 1)

João Goulart foi deposto por uma Revolta Militar. Sua fuga não se deveu a uma ação da elite política civil, sequer haviam sido tentados procedimentos de *impeachment*[680] e, nos dias consecutivos à fuga do Presidente, houve uma série de manobras para tentar buscar saídas para a crise e alguns a tratavam como mais uma da série que se inaugurara em 1954.

A Constituição determinava que uma eleição deveria ser convocada para dentro de trinta dias, se a presidência e a vice-presidência estivessem vagas e era este o caso. Enquanto alguns políticos civis discutiam que caminhos tomar e a quem escolher para suceder Goulart neste momento de crise, nos bastidores os militares pressionavam para que o legislativo fosse "limpo" dos elementos considerados "inaceitáveis".

Seis dias depois do golpe, os ministros militares obtiveram o que queriam, e a legislação exigida por eles daria amplos poderes para expurgar o funcionalismo civil e revogar os mandatos das legislaturas federais e estaduais. Mas, mesmo com esse consentimento, os ministros militares decidiram simplesmente deixar de tomar conhecimento do ato de emergência e publicaram, com a autoridade que tinham assumido arbitrariamente como Supremo Comando Revolucionário, um Ato Institucional.

O Ato Institucional, a princípio, não tinha número porque, pelo menos aparentemente, deveria ser o único. Sua elaboração teve a participação de Francisco Campos, o mesmo autor da Constituição Ditatorial de 1937, ou seja, o Ato tinha a paternidade de um especialista em antidemocracia.

679 SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura:** 20 anos de autoritarismo no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 57.

680 Afastamento do Chefe do Executivo por votação do Legislativo.

Alguns autores, como Nelson Werneck Sodré, consideram o Ato Institucional número um importante até porque a ditadura teria começado por ele e não pelo golpe de Estado:

> "É interessante notar, a propósito, que a ditadura militar não se instala, aqui, com a conquista do poder por forças armadas. Ela se instala com o chamado AI-1. A partir daí, realmente, começa a ficar claro que se trata de uma nova ordem, da institucionalização de um novo tipo de poder. O espanto diante disso, raiando pela incredulidade, foi um pouco ingênuo, como a surpresa diante da ocupação do aparelho de Estado e a passagem ao aparelho militar das decisões importantes e até a doutrinação política, assim imposta ao país, como se este fosse, a partir daí, área submetida à ocupação militar e ao silêncio político."[681]

O AI-1 – como ficou conhecido, porque vieram tantos outros quantos foram necessários para tornar a ditadura uma redundância em si – iniciou uma época em que era necessário, para a justificação de atos, reinventar palavras, legislar além da constitucionalidade. Dessa forma, o Ato começa justificando e dando um novo sentido à palavra "revolução":[682]

> "É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no

---

681 SODRÉ, N. W. *Op. cit.*, p. 90.

682 Pelo dicionário Revolução tem por significado: "ato ou efeito de revolucionar, de realizar ou sofrer uma mudança sensível; [por analogia] grande transformação, mudança sensível" etc. (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa). Em suma, para que seja considerado revolução seus efeitos devem denotar mudança de fato, com profundidade e era justamente a manutenção do *status quo* que havia levado os militares ao golpe em 64. Elio Gaspari, discorrendo sobre esta formação de novas palavras afirma: "A violência política percorreu um ciclo no regime brasileiro. Introduziu palavras no léxico cotidiano, tais como *cassar*, eufemismos no vocabulário político, como a expressão 'maus tratos', para designar pura e simplesmente tortura; siglas do direito constitucional, como AI, abreviatura dos dezessete atos institucionais baixados na desordem legiferante nascida com a a noção segundo a qual a 'Revolução legitima a si própria' [...]". (GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 141).

> espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.
> A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação."

Segue o texto justificando a legitimação do Golpe Militar, estabelecendo "Poderes Constituintes" àqueles que se autointitulavam "revolucionários". Os Atos Institucionais estariam, a partir desse momento, acima do poder legislador de uma Constituição e, assim, estiveram por duas décadas a partir do AI-1, por força das armas:

> "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular."

Mas era necessário deixar claro que havia um culpado para toda essa situação. O culpado era extraído diretamente da Ideologia de Segurança Nacional, descrita anteriormente: os elementos que desejavam mudanças e que, por isso, recebiam o rótulo de comunistas ou bolcheviques:

> "O presente Ato Institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos

> objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País."

Os militares tomavam para si e exclusivamente para si o poder de legislar, afirmando categoricamente que sua legitimidade não vinha do Congresso Nacional, legal e constitucionalmente institucionalizado. Mas, mantinham, como prova – segundo eles – de não intenção de radicalização, a Constituição de 1946, até porque podiam modificá-la sempre que desejassem, não era um incômodo:

> "Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes constantes do presente Ato Institucional."

> "Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.
> Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a

> realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, resolve editar o seguinte."

> "Art. 1º São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato."

As modificações citadas no artigo primeiro já se fazem sentir no artigo seguinte. O tom dado é que todos os atos permitidos por esse instrumento eram provisórios, como provisória deveria – segundo a propaganda – ser a intervenção militar no país.

A eleição para presidente e vice seria feita pelo Congresso, obviamente já começando a ficar livre "dos elementos purulentos" e com praticamente uma só chapa:

> "Art. 2º A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal."

O Estado de Sítio poderia ser decretado pelo Presidente eleito indiretamente:

> "Art. 6º O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, dentro de quarenta e oito (48) horas."

Garantias Constitucionais ou Legais ficam suspensas e perdem assim todo o sentido que a palavra garantia lhe dava:

> "Art. 7º Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade."

Os artigos 8º e 10 davam ao Poder Executivo, encarnado a princípio em Castello Branco, competência para cassar mandatos e abrir inquéritos contra os opositores:

> "Art. 8º Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente."
>
> "Art. 10. No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos."

Tudo isso em letra inanimada em um papel parece ser apenas mais um momento da História do país no qual a democracia sofria um duro golpe, mas a vida continuava. Entretanto, estas palavras colocadas em prática mesmo antes de sua vigência nos dão números bastante expressivos da repressão política que se iniciou em primeiro de abril de 64.

Segundo a embaixada norte-americana – bem informada até por seu papel ativo no golpe –, nas semanas seguintes à deposição de João Goulart, mais de 5 mil pessoas foram presas. Entre 1964 e 1966, cerca de dois mil funcionários públicos foram demitidos ou aposentados compulsoriamente. Trezentas e oitenta e seis pessoas tiveram seus mandatos cassados e/ou viram seus direitos políticos serem suspensos por dez anos.[683]

Nem os próprios militares escaparam dessa "limpeza" inicial que afetou milhares de famílias brasileiras. Quatrocentos e vinte um oficiais foram punidos com uma prática a muito abandonada no direito mundial: a chamada "morte civil". Nesta, o sujeito é considerado morto em vida e, no caso desses militares, os familiares chegaram a receber pensão como se de fato mortos eles estivessem. Mais duas centenas

683 GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 130s.

conseguiram escapar dessa "morte" passando para a reserva silenciosamente, entre eles 24 dos 91 generais que o Brasil tinha.[684]

Sete em cada dez confederações de trabalhadores e sindicatos tiveram suas diretorias depostas. Por volta de dez mil pessoas foram expurgadas dessas instituições. Pelo menos duas dezenas de pessoas morreram em 1964 como resultado direto do golpe.

Todos, sem exceção, sofreram esses abusos, sem nenhum direito, nem o mais elementar direito de defesa.

A tortura, que comentam ser algo que existiu somente nos períodos mais duros da repressão, ou seja, depois do AI-5 do final de 1968, foi uma constante desde o início da ditadura.[685] Elio Gaspari descreve o caso de um famoso comunista de 64 anos que foi amarrado na traseira de um jipe do exército e foi puxado pelos bairros do Recife como um troféu, a cena foi televisionada.[686]

Mas não foram somente comunistas que sofreram desde o início com as torturas, os militares, mesmo de altas patentes, se tivessem tomado posição contrária ao grupo que estava no poder poderiam sofrer tanto quanto qualquer "preso político". Nunca, na história do Brasil, os militares haviam desrespeitado tanto a si.

A tortura não era mais somente um acontecimento ocorrido por acaso, no calor da hora. Não era mais uma forma de vingança ideológica contra o opositor. Era, sim, um meio de interrogatório usual e constante.

Tudo era feito em nome do combate à corrupção e à "subversão". A esta última, todos os meios empregados foram considerados poucos, o combate à corrupção logo foi relegado a segundo plano. O instrumento deste combate eram os IPMs – Inquéritos Policiais Militares – que resultaram, entre 1964 e 1966, processos judiciais contra mais de 2.000 pessoas. Com o tempo o número de IPMs relativas à corrupção diminuiu e à "subversão" aumentou.

2.3. O Ato Institucional nº 2

No início da Ditadura não eram poucos os políticos de expressão que ainda confiavam na volta rápida à "normalidade democrática",

684 *Ibidem*, p. 131.

685 O General Leônidas Pires Gonçalves, por exemplo, falou sobre o assunto nestes termos: "admito que houve tortura na repressão da década de 70, mas ela não estava prevista nos regulamentos militares [sic] [...]". (CONTREIRAS, Hélio. **Militares:** confissões. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p. 73.)

686 GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 132.

mas suas esperanças foram terminando conforme pessoas, como Juscelino Kubitschek, foram também cassados.

Iniciava-se a vitória da "linha dura", uma parte do jovem oficialato do exército que defendia o que chamavam de "pureza dos ideais revolucionários" e, em nome disso, estavam dispostos a eliminar qualquer vestígio do regime deposto, bem como qualquer oposição que surgisse, porque comungavam da ideologia que estes eram os inimigos do Brasil.

Mas como, em termos de propaganda ao menos, o Brasil estava do lado dos que eram democratas, ou seja, os capitalistas e, o país era contra os ditadores "antidemocratas" comunistas, alguma aparência de democracia devia restar e assim foi até o final da ditadura nos anos oitenta, um arremedo controlado de participação. Haveria então eleições para governadores em 1965.

A popularidade do regime militar enfrentaria, pela primeira vez, um grande teste, principalmente em estados-chave, como a Guanabara e Minas Gerais. Entendido como mais uma vitória da "linha dura", Castelo Branco tratou de dar mais garantias ao "teste", fazendo aprovar duas medidas: a Lei de Inelegibilidade e o Estatuto dos Partidos Políticos.

A Lei de Inelegibilidade barrava a candidatura de quaisquer ex-ministros de João Goulart e o Estatuto dos Partidos Políticos "que se destinava a ser a superestrutura para uma reorganização geral da atividade política no Brasil" que, a médio e longo prazos, impediria a existência de pequenos partidos.[687]

E tudo isso não foi suficiente já que a oposição nos estados considerados importantes ou obteve vitória ou esteve muito perto disso. A reação dos militares da linha dura foi imediata e veemente. Eles passaram a pressionar o Presidente Castelo Branco para que as eleições fossem anuladas e, inclusive, que os vencedores fossem investigados pelo Tribunal Militar.

Todas essas pressões resultaram no Ato Institucional número 2 (AI-2) de 27 de outubro de 1965, que acabou por restaurar muitos dos poderes especiais que tinham expirado com o primeiro Ato e investiu os "revolucionários" de poder constituinte permanente. Para isso, os militares no poder se explicaram da forma que se vê no preâmbulo do AI-2:

---

687 SKIDMORE, Thomas. **Brasil:** de Getúlio Vargas a Castelo Branco. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 376.

"Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País".

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para

> contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional."

Segundo Rosalina Corrêa de Araújo, com grande propriedade, o AI-2 foi uma das mais fortes ações políticas que atuaram sobre as Constituições Brasileiras, especialmente sobre o Poder Judiciário.[688] Isso se deveu, principalmente, porque a Justiça, sendo composta por membros concursados oriundos do seio da sociedade civil, tem por objetivo a manutenção da lei e do Estado de Direito, e isso, com certeza, não era o que interessava aos militares no poder.

A lei lhes era interessante enquanto não atrapalhasse seus objetivos, o Estado de Direito era, nesse momento da história do país, o Estado dos Militares, assim sendo quem deveria ditar o Direito eram eles. Isso explica também o "considerando" que abre o AI-2: "CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs [...]"

Portanto, por força das armas e da repressão político-social, os militares brasileiros inauguraram na história do mundo Pós-Revolução Francesa, um documento de lei que tinha mais força que uma Constituição, serviria, inclusive para emendá-la sem a participação de nenhum representante do povo. E isso, por si, é inconstitucional, ilegal e estranho à hierarquia legal de um Estado de Direito o que causava problemas na justiça para o governo. Era, portanto, imprescindível, intervir nessa justiça. Isso foi feito emendando-se os artigos 94, 98, 103 e 105 da Constituição de 1946.

O artigo 98 foi modificado porque se aumentou o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal:

> "Art. 98. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.
> Parágrafo único. O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma."

688 ARAÚJO, Rosalina Corrêa. *Op. cit.*, p. 336.

Isso se explica pelo fato de os Ministros do Supremo à época terem sido escolhidos pelos presidentes civis, enquanto o Estado de Direito existia de fato no país, portanto, o controle sobre estes Ministros era difícil. Aumentando-se o número de Ministros de 11 para dezesseis, os cinco novos escolhidos o seriam dentro dos interesses dos militares no poder, dessa forma, estava garantido o domínio do Regime sobre o Supremo Tribunal Federal.

O mesmo foi feito com relação ao Tribunal Federal de Recursos:

> "Art. 103. O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de treze Juízes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do art. 99.
> Parágrafo único. O Tribunal poderá dividir-se em Câmaras ou Turmas."

Tendo o controle dos órgãos máximos do Judiciário brasileiro, o AI-2 passou ainda para o domínio do Tribunal Militar o julgamento de crimes "contra a segurança nacional" ou seja, contra a segurança dos que estavam no governo, o que pode ser traduzido como qualquer ato contra o Regime:

> "Art 7º O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Juízes vitalícios com a denominação de Ministros, nomeados pelo Presidente da República, dos quais quatro escolhidos dentre os Generais efetivos do Exército, três dentre os Oficiais Generais efetivos da Armada, três dentre os Oficiais Generais efetivos da Aeronáutica e cinco civis.
> [...]"

> "Art 8º O § 1º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:
> '§ 1º Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.'"

> “§ 1º Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1963.
> § 2º A competência da Justiça Militar nos crimes referidos no parágrafo anterior com as penas aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis.
> § 3º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referido no § 1º, e aos Conselhos de Justiça nos demais casos.”

E, por fim, o judiciário já não mais tinha competência para julgar os atos praticados “em nome da Revolução”:

> “Art 19 – Ficam excluídos da apreciação judicial:
> I – os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;
> II – as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.”

No campo político o Presidente e o Vice-Presidente da República seriam eleitos de maneira indireta, por “Colégio Eleitoral”, isso quer dizer que o Congresso Nacional, já obviamente livre de opositores de fato, iria escolher o presidente e o vice. Tendo em vista que o mesmo Ato só permitia dois candidatos, o do governo estaria garantido:

> “Art 9º A eleição do Presidente e do Vice-Presidente, da República será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal.

> § 1º Os Partidos inscreverão os candidatos até 5 dias, antes do pleito e, em caso de morte ou impedimento insuperável de qualquer deles, poderão substituí-los até 24 horas antes da eleição.
> § 2º Se não for obtido o quorum na primeira votação, repetir-se-ão os escrutínios até que seja atingido, eliminando-se, sucessivamente, do rol dos candidatos, o que obtiver menor número de votos.
> § 3º Limitados a dois os candidatos, a eleição se dará mesmo por maioria simples."

Assim surgiram os dois partidos da ditadura: o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), uma oposição *light*, visto que os opositores que de fato incomodavam o governo eram cassados; e a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) que apoiava o governo:[689]

> "Art 18 Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.
> Parágrafo único. Para a organização dos novos Partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações."

As cassações voltaram a ser feitas pelo Presidente e o Estado de Sítio também pode ser instituído por ele. As garantias, que depois de terem sido suspensas uma vez já não garantiam muita coisa, foram suspensas novamente:

> "Art 14. Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo.

689 Com o Ato Suplementar nº 4 de novembro de 1965, criaram-se regras para a formação de novos partidos. A exigência era de um mínimo de 120 deputados e 20 senadores, o que daria para formar três, mas os que formaram a ARENA apressaram-se em conseguir 250 deputados para não somente ter a maioria, como impedir um terceiro partido que geraria negociações. O MDB, depois da fim do Regime Militar, tornou-se o PMDB, e a ARENA se dividiu em PFL e PDS. Este último se transformou posteriormente em PPB e agora chama-se PP.

> Parágrafo único. Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução."[690]

> "Art. 15. No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais."

Levando em consideração que os suplentes a substituir os políticos cassados podiam também gerar problemas, o AI-2 resolveu a questão. No parágrafo único do artigo 15, lemos:

> "Parágrafo único. Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos."

Mas as cassações implicavam, com o AI-2, em algo mais que simples afastamento do cargo político, geravam inclusive uma "mordaça", impedindo o cassado de se pronunciar sobre questões políticas e podiam até provocar liberdade vigiada e suspensão do direito de ir e vir:

> "Art 16. A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no, art. 10 e seu parágrafo único do Ato institucional, de 9 de abril de 1964, além do disposto no art. 337 do Código Eleitoral e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente:

690 Obviamente, aí estão incluídos juízes.

> I – a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
> II – a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
> III – a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política;
> IV – a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança:
> a) liberdade vigiada;
> b) proibição de freqüentar determinados lugares;
> c) domicílio determinado."

A independência dos Estados também foi afetada pelo AI-2 que previa intervenção do Governo Federal, inclusive para evitar a chamada "subversão da ordem". Essa intervenção deveria ser submetida à aprovação do Congresso, mas essa "aprovação" não poderia gerar prejuízos à sua execução:

> "Art 17. Além dos casos previstos na Constituição federal, o Presidente da República poderá decretar e fazer cumprir a intervenção federal nos Estados, por prazo determinado:
> I – para assegurar a execução da lei federal;
> II – para prevenir ou reprimir a subversão da ordem.
> Parágrafo único. A intervenção decretada nos termos deste artigo será, sem prejuízo da sua execução, submetida à aprovação do Congresso Nacional."

O Executivo controlava então o Judiciário e poderia cassar mandatos no legislativo. Mas, para este último, o Regime se reservava o direito de decretar recesso e legislar em lugar:

> "Art 30. O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional."

> "Art 31. A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato

> complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.
> Parágrafo único. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica."

2.4. O Ato Institucional nº 3

Em 1966, haveria eleições para governadores e prefeitos, e a linha dura não queria mais arriscar. Os opositores ganhavam cada dia mais simpatizantes, porque ficava mais claro, conforme o tempo passava, que a ditadura viera para ficar.

Em contrapartida, as eleições cada vez tinham menos importância política efetiva, governadores eram expurgados, o Congresso fechado por longos períodos, deputados, senadores, deputados federais, eram cassados. A eleição não passava de um arremedo de farsa, para que houvesse a impressão longínqua de normalidade democrática.

Tendo que manter a mentira eleitoral, mas não suportando a "ofensa" de ver rechaçada nas urnas aquilo que chamavam de "Revolução" a tendência foi controlar o máximo possível o processo eleitoral de forma que mesmo a farsa ocorresse sob controle.

Por isso, o Ato Institucional nº 3 (AI-3), que tornou a eleição para o Governo dos Estado indireta como a do Presidente. O Colégio eleitoral do Governador seria formado pela Assembleia Legislativa de seu respectivo Estado:

> "Art 1º A eleição de Governador e Vice-Governador dos Estados far-se-á pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal."

A eleição seria por chapa, ou seja, governador e vice-governador eleitos simultaneamente com votos que valiam para os dois nos cargos a que se candidatavam pela chapa:

> "Art 2º O Vice-Presidente da República e o Vice-Governador de Estado considerar-se-ão eleitos em virtude da eleição do Presidente e do Gover-

> nador com os quais forem inscritos como candidatos."

Os prefeitos de capitais seriam então indicados por esses governadores:

> "Art 4º Respeitados os mandatos em vigor, serão nomeados pelos Governadores de Estado, os Prefeitos dos Municípios das Capitais mediante prévio assentimento da Assembléia Legislativa ao nome proposto."

2.5. Ato Institucional nº 4 e a Constituição de 1967

A Constituição de 1946, com três Atos Institucionais revolvendo sua estrutura, não podia mais ser considerada como uma Constituição de fato, era um arremedo que valia enquanto não incomodava os que estavam no poder e à medida que um Ato Institucional não versasse sobre o assunto.

Decidiu-se então fazer uma nova Constituição, incorporando nesta os Atos Institucionais e Lei de Imprensa – que instituiu a censura prévia e o controle total dos meios de comunicação pelo governo – e a Lei de Segurança Nacional de fevereiro de 1967. O Ato Institucional nº 4 nada mais foi do que a convocação do Congresso Nacional – fechado pelo executivo fazia tempo – para votar a Constituição.

A nova Constituição foi feita, no decorrer de 1966, por uma equipe de quatro constitucionalistas nomeados pelo presidente – Levy Carneiro, Temístocles Cavalcanto, Orozimbo Nonato e Miguel Seabra Fagundes. Esse anteprojeto foi revisto, de um ponto de vista mais autoritário, pelo então Ministro da justiça, Carlos Medeiros da Silva.

Apresentado ao Congresso foi aprovado sem qualquer alteração, apesar de ter havido debates capitaneados por nomes do peso de Afonso Arinos de Melo Franco e apesar da imensa quantidade de emendas propostas.

A Constituição de 1967 era nada mais que a de 1946, extraídos os pontos democráticos demais e incluídos os Atos Institucionais. Nesse sentido, o Executivo ganhou muito poder, inclusive para apurar crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social etc.:

> "Art. 8º Compete à União:
> [...]
> c) a apuração de infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social, ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, assim como de outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
> d) a censura de diversões públicas."

O Poder Executivo também interfere na questão legislativa sempre que considerar necessário e em matérias de segurança pública ou matéria financeira:

> "Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:
> I – segurança nacional;
> II – finanças públicas.
> Parágrafo único. Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado."

A composição desse Executivo se daria, como indicado no AI-2, através de eleição por Colégio Eleitoral:

> "Art. 76. O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal.
> § 1º O Colégio Eleitoral será composto dos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembléias Legislativas dos Estados.
> § 2º Cada Assembléia indicará três Delegados e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos, no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro Delegados."

E o Presidente teria muitos poderes:

> "Art. 83. Compete privativamente ao Presidente:
> I – a iniciativa do processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
> II – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;
> III – vetar projetos de lei;
> IV – nomear e exonerar os Ministros de Estado, o Prefeito do Distrito Federal e os Governadores dos Territórios;
> V – aprovar a nomeação dos Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 16, § 1º, letra b);
> [...]
> XIV – decretar o estado de sítio;
> XV – decretar e executar a intervenção federal;"

A intervenção federal poderia ocorrer até ao nível municipal, mesmo porque, além dos prefeitos de capitais, os prefeitos de cidades, consideradas como "áreas de segurança nacional", também seriam nomeados (art. 16):

> "§ 1º Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:
> a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;
> b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo."

Nessa Constituição aparece também, dando a ela força constitucional, a Lei de Segurança Nacional. Essa lei visava a defesa contra o tipo de "guerra interna" que muito preocupava os militares anticomunistas no Brasil. Novas penalidades eram previstas para os responsáveis por guerras psicológicas ou para os promotores de greves, todos eram considerados inimigos que procuravam desestabilizar o governo que sempre era confundido com o país. Era uma lei devastadora para

os direitos civis. A Constituição reproduzia o artigo 1º da Lei de Segurança Nacional:

> "Art. 89. Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei."

Com relação à Justiça, permaneceu o que tinha sido indicado pelos Atos Institucionais 1 e 2, ou seja, o Supremo com dezesseis ministros e a Justiça Militar responsável pelo julgamento de crimes contra a segurança nacional.

No capítulo sobre Direitos Individuais, é que a farsa toma um vulto que beira o exótico. Mantém-se a redação de direitos de um Estado de Direito de fato, com algumas exceções. Mas, a realidade tornava essas palavras uma brincadeira de mau gosto:

> "Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.
> § 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
> § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
> § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.
> [...]
> § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém,

tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.
§ 9º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.
§ 10. A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.
[...]
§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será Imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.
§ 13. Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.
§ 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.
§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela Inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.
§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.
[...]
§ 20. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus.
§ 21. Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual liquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.
[...]

> § 27. Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.
> § 28. É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial."

O parágrafo primeiro do artigo 150 já demonstra que este era um artigo que o Regime não levaria a sério, não havia igualdade para pessoas que acreditavam em outros modelos políticos que não o que o Regime Militar impunha.

Acerca da falácia dos parágrafos 9º e 10, vale lembrar que o país contava com um órgão de Investigação de "subversivos", ou seja, antagonistas políticos de toda espécie, o SNI – Serviço Nacional de Informação.

O SNI nasceu com uma dotação orçamentária enorme e tinha por objetivo ser uma "CIA voltada para dentro".[691] O próprio criador do órgão afirmou em 1984 que a inviolabilidade de qualquer coisa não era problema para o SNI:

> "Se havia censura de telefones? [...] Havia [...]. Nós enganchávamos os telefones a partir de uma base montada no prédio do Ministério do Exército, no Rio de Janeiro. [...] Primeiro você tem que gravar, o que é simples, pois as máquinas só rodam quando o telefone é retirado do gancho. Depois é preciso tirar o que está na fita e coloca-lo no papel. É o que se chama 'degravar'. Isso dá um trabalho danado. Depois você tem que analisar, o que dá ainda mais trabalho."[692]

A própria Constituição de 1967 alertava, no mesmo capítulo sobre Direitos Individuais, do perigo de se "abusar" desses direitos. A previ-

691 O SNI foi criado pela Lei nº 4.341, de 13 de junho de 1964.
692 GOLBERY *apud* GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 164.

são constitucional para tal abuso era a pena de perda de direitos políticos:

> "Art. 151. Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.
> Parágrafo único. Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º."

2.6. O Ato Institucional nº 5

A destruição da vida política pelo governo Castelo Branco não passou despercebida para muitos setores da sociedade brasileira. As tentativas de reação pelas urnas se apresentavam limitadas pela interferência do Regime no processo e não havia muitas formas de expressão de descontentamento possíveis.

Costa e Silva, segundo presidente do Regime, teve que enfrentar uma enorme onda de protestos em todo país. Antigos líderes políticos – anteriormente inimigos – se uniram em uma oposição extraparlamentar chamada Frente Ampla. Greves de trabalhadores, incomodados com o eterno congelamento do salário-mínimo e passeatas do movimento estudantil marcavam o momento político brasileiro.

O Movimento Estudantil ganhou força na década de sessenta, principalmente, por estranho que pareça, como reação a ações do Governo Militar. A tentativa de Castelo Branco de reorganizar o sistema de ensino superior que punha em pauta a cobrança do ensino ministrado pelas universidades públicas uniu os estudantes em torno de uma causa única e, segundo a opinião de Elio Gaspari, que compartilhamos, a colocação da UNE (União Nacional dos Estudantes) e de todos os órgãos do Movimento Estudantil na ilegalidade deram a oportunidade para que estes se encontrassem, definitivamente, com outros movimentos.

> "Em junho de 1964, Castelo enviara ao Congresso uma mensagem propondo a extinção da UNE e das demais organizações estudantis. Com essa providência o regime, dirigido por uma geração de oficiais que na década de 20 freqüentara as academias militares em estado de semi-rebeldia, pretendia a tarefa impossível de despolitizar as universidades. Seu efeito imediato foi uma inibição temporária da esquerda acadêmica. O efeito profundo foi bem outro. Colocou-se gradativamente o movimento estudantil na clandestinidade, juntando-os aos partidos comunistas, ao radicalismo brizolista e, sobretudo, às centenas de sargentos e suboficiais que haviam sido expulsos das Forças Armadas."[693]

Os militares, expulsos das Forças Armadas por não compartilharem plenamente dos interesses e pensamentos dos que controlavam o governo, também tinham partido para a oposição. No caso deles, paulatinamente (e principalmente depois do AI-5), essa oposição tomou o rumo da guerrilha, compartilhada por outros. O recurso às armas era o que se podia esperar de pessoas treinadas para lidar com o mundo desta forma.

Uma parte da Igreja Católica, notadamente aqueles que começavam a se alinhar com o pensamento que tomou o nome de Teologia da Libertação, passou a apoiar os protestos contra a Ditadura Militar.

Mas a direita também se mobilizava, movimentos como o CCC –, Comando de Caça aos Comunistas – e o Movimento Anticomunista se tornaram os mais conhecidos. Outros grupos, com característica de imposição de terror, também se organizaram nas sombras.

Com a oposição crescendo, os militares chamados "linha dura" chegaram ao desespero. Para pessoas que consideraram em 1965 uma derrota afrontosa e uma oposição inimaginável, a perda, nas urnas, do Governo de dois Estados para partidos não-alinhados com seus interesses, marchas, protestos e outras formas de demonstração de descontentamento eram um absurdo completo.

Nesse ambiente, o que os militares linha-dura necessitavam era apenas uma desculpa, e ela foi dada por inocência ou opinião pelo

---

693 GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 226.

deputado Marcio Moreira Alves do MDB quando recomendou, em discurso na Câmara, que o povo não comparecesse às festividades do 7 de setembro em sinal de protesto. Ele também propôs a "Operação Lysistrata" – nome da personagem da Comédia Grega de Aristófanes que acabou com uma guerra fazendo greve sexual –, que levaria as mulheres brasileiras a boicotarem seus maridos até que a repressão acabasse. A população achou muita graça da proposta, mas os militares tinham a desculpa que precisavam.[694]

No dia 13 de dezembro de 1968, foi convocado o Conselho de Segurança Nacional para que este fosse informado do novo Ato Institucional a ser proclamado. Em uma mesma noite foi anunciado ao país um Ato Institucional que transformava uma ditadura em um Regime pior ainda, e um Ato Suplementar, o de número 38, que punha o Congresso em recesso por tempo indeterminado.

O Ato Institucional nº 5, o AI-5, na sua Introdução já indica que a legislação anterior, a legalidade, mesmo que torta, baseada nas ingerências já realizadas nas leis brasileiras, não estava sendo considerada suficiente por aqueles que detinham o poder no país:

> "Considerando, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;
> Considerando que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança e tranqüilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do país, comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária."

694 Delfin Neto afirmou em entrevista em 1988: "Naquela época do AI-5 havia muita tensão, mas no fundo era tudo teatro. Havia passeatas, havia descontentamento militar, mas havia sobretudo teatro. Era um teatro para levar ao Ato. [...] O discurso de Marcito não teve importância nenhuma. O que se preparava era uma ditadura mesmo. Tudo era feito para levar àquilo." (GASPARI, Elio. *Op. cit.*, p. 339).

Todo o poder, em um grau jamais vivido no Brasil – que já havia sido comandado por Imperadores –, foi dado ao indivíduo que ocupasse a Presidência. Era ele quem teria o domínio sobre os Legislativos federal, estaduais e municipais. Era sua a decisão destes permanecerem abertos ou estarem em "recesso". Em não havendo Legislativo, o Executivo correspondente tomaria para si o poder de legislar:

> "Art. 2º O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.
> § 1º Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias o exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios."

Seu poder não seria restrito ao legislativo. O Poder Executivo de Estados e Municípios também estariam sob seu poder, visto que ele poderia, se achasse por bem, intervir em Estados e Municípios:

> "Art. 3º O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único. Os interventores nos Estado e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei."

A ingerência poderia se dar também através da cassação de mandatos:

> "Art. 4º No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previs-

> tas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos efetivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Aos Membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos."

A suspensão de Direitos Políticos que antes poderia gerar alguns efeitos, a partir do AI-5 certamente gerava:

> "Art. 5º A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III – proibição de atividades ou manifestações sobre assunto de natureza política; IV – aplicação quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado."

O Judiciário foi outro alvo:

> "Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.
> § 1º O Presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das Polícias Militares, Assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço."

E, de fato, em janeiro de 1969, três ministros do Supremo Tribunal Federal foram forçados a se aposentar, o presidente do Supremo acabou

renunciando em protesto. Um sexto Ato Institucional foi feito e o número de magistrados do STF caiu de 16 para 11 e os delitos contra a segurança nacional, que anteriormente poderiam ser julgados por Tribunais militares ou civis, foram para a jurisdição dos Tribunais Militares. E, mesmo estes não escaparam da fúria da "linha dura". O governo decretou a aposentadoria de um General ministro do Supremo Tribunal Militar por considerar que ele era complacente demais com os réus.

O Estado de Sítio ficava a cargo do Presidente, que sequer precisava dar qualquer satisfação sobre sua decretação. É importante lembrar que a decretação de Estado de Sítio gera uma suspensão automática das garantias constitucionais:

> "Art. 7º O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo."

Mesmo a questão da propriedade estava livre do poder presidencial. O AI-5 dava ao presidente a possibilidade de decretar confisco de bens:

> "Art. 8º O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens far-se-á sua restituição."

E o mais grave ficou gravado no artigo 10, a suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos, que não tinham uma definição muito clara. Se o *habeas corpus* é um remédio constitucional que tem por objetivo salvaguardar o indivíduo de ilegalidades na prisão, os cidadãos brasileiros ficaram à mercê de qualquer tipo de coação do Estado:[695]

695 "É uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar." (MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 130).

> "Art. 10. Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e economia popular."

Para completar o quadro de possibilidades de repressão à margem de qualquer legalidade, três meses depois da edição do AI-5, ficou estabelecido que os encarregados dos Inquéritos Policiais podiam prender qualquer indivíduo por sessenta dias, dos quais dez em regime de incomunicabilidade. Tempo mais que suficiente para que a tortura, que já era usual e especializada, acontecesse de maneira mais facilitada.[696]

As opiniões acerca do AI-5, mesmo entre militares, nunca foram muito coerentes. Helio Contreiras reuniu em um livro depoimentos de militares de altas patentes e importância na época, que indicam quase que um mesmo raciocínio: a ditadura deveria ter acabado com o primeiro presidente Castelo Branco, e o AI-5 foi um erro, um exagero.

O Brigadeiro Oswaldo Terra de Faria assim se pronunciou acerca do assunto:

> "O mais grave erro do período militar foi, sem dúvida, a decretação do AI-5. Não deveríamos ter adotado um ato de força que anulou os direitos dos cidadãos e as instituições e, ainda, por tempo indeterminado."[697]

O Almirante Julio de Sá Bierrenbach, militar da linha dura até a década de setenta, quando constatou no Supremo Tribunal Militar que havia tortura, opinou:

696 A especialização em tortura no Brasil chegou a tal ponto que o país exportou esse *know-how* para vários países da América Latina e África. "No *gulag* brasileiro havia três tipos de especialistas: os torturadores, que aplicavam choques elétricos, espancamentos, quase afogamentos na combinação certa, para arrancarem confissões; os analistas, que recebiam informações sobre a última sessão de tortura e as comparavam (às vezes por computador) com dados anteriores, para indicarem o que mais a vítima poderia saber; e os médicos, que examinavam o estado físico das vítimas, para informarem até que ponto resistiriam às novas torturas se continuassem de boca fechada." (SKIDMORE, T., **Brasil: de Castelo**... *Op. cit.*, p. 258).

697 *Apud* CONTREIRAS, Hélio. **Militares:** confissões. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p. 93.

> “Mas depois tentaram ‘perpetuar’o regime, enquanto o AI-5 se tornou um recurso exagerado contra a crise de 1968. A suspensão do ‘Habeas Corpus’ foi um erro e a Lei de Segurança Nacional (decreto-lei 898/69) seria radical demais, pois tinha verdadeiros absurdos. [...] Confesso que fiz uma avaliação errada do que se passava no Brasil em 1964. Pelas informações que recebia, imaginava que 50% dos problemas do país eram causados pelo confronto ideológico com o comunismo e os outros 50% pela corrupção. Depois, constatei que 95% dos problemas eram causados pela corrupção, que não foi controlada nem durante o regime nem depois dele.”[698]

O único que destoa nesses depoimentos é o General Newton Cruz, considerado um dos homens mais duros do regime e um de seus defensores perpétuos. Para ele, o AI-5 não deveria ter existido, mas não porque era em si um excesso ou um absurdo contra a cidadania, mas porque havia meios e dispositivos legais suficientes para se fazer o que se fez:

> “As razões do AI-5 se tornam, também, historicamente insustentáveis, até porque já havia, em dezembro de 1968, dispositivos legais que o tornavam desnecessário. Mas quanto ao SNI, se admito que houve desvios éticos, considero, entretanto, que voltaria a atuar em órgão semelhante àquele, porque a lei que o criou não previa escuta telefônica. [...] Lideranças políticas, como Antonio Carlos Magalhães ajudaram a sustentar o regime. Nós devemos muito a ele.”[699]

2.7. Outras Leis do Regime Militar e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969

O Regime Militar, depois do AI-5, legiferou com afinco, como que para legalizar seus atos. Mais 11 Atos Institucionais foram decretados

698 *Apud* CONTREIRAS, Hélio. *Op. cit.*, p. 85 e ss.
699 *Apud* CONTREIRAS, Hélio. *Op. cit.*, p. 95.

depois do AI-5, alguns contendo questões imediatas, relativas à administração, outros, como o AI-13, possibilitavam o banimento de cidadãos brasileiros considerados indesejados:

> "Art 1º O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional.
> Parágrafo único. Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos o processo ou a execução da pena a que, porventura, esteja respondendo ou condenado o banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação."

E já que a porta para toda possibilidade de repressão estava aberta, foi baixado ainda em 69 o AI-14, que possibilitava a Pena de Morte:

> "Art. 1º O § 11, do art. 150, da Constituição do Brasil, passa a vigorar com a seguinte redação:
> 'Art. 150. [...]
> § 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de Guerra Externa, Psicológica, Adversa, ou Revolucionária ou Subversiva nos termos que a lei determinar [...]"

Houve também uma renovação da Lei de Segurança Nacional que, inspirada no AI-5, tornava a questão de segurança da nação totalmente incompatível com qualquer noção de cidadania e direitos advindos desta.

Um dos alvos prediletos dos militares, entretanto, foram os estudantes e sua crença atemporal de mudança que causa um atrevimento que chega às raias da inocência. O Governo interferiu nas matérias a serem ministradas nos colégios, praticamente banindo, como Napoleão o fez em sua época, a História e a Filosofia. Os militares impuseram uma nova cadeira obrigatória: a Educação Moral e Cívica, que tinha por

escopo todo um sentimento cívico pré-moldado e uma visão moralista de mundo.[700]

O Regime chegou a baixar um Decreto-Lei (número 477 de 26 de fevereiro de 1969) que continha como um Código Penal para delitos cometidos por professores e alunos de instituições de ensino públicas e particulares.

Para tentar continuar a falácia democrática, era necessário, minimamente, reestruturar a Constituição de 1967 que tinha sido atropelada pelo AI-5 e por uma grande quantidade de Decretos-Lei e outras legislações.

O Vice-Presidente à época, Pedro Aleixo, foi encarregado de fazer o esboço inicial do que se pretendia ser uma nova constituição. Esse esboço foi submetido a eminentes constitucionalistas dispostos a fazer vistas grossas aos arremedos e restrições ao Estado de Direito que os militares impunham, mas, por questões de incapacidade física do presidente e porque os militares desejavam à frente do governo alguém mais duro, o esboço de Pedro Aleixo foi engavetado.

Com Médici, o Brasil viveu seus anos mais sombrios. Com ele, a Constituição de 1967 recebeu a Emenda número 1, que, a título de propaganda foi chamada de Constituição de 1969.

Mas não era uma Constituição Nova, era composta por longos blocos não revistos da Constituição de 1967 e de alterações básicas que aumentavam ainda mais o Poder do Executivo, fortalecendo a Lei de Segurança Nacional. A Emenda previa a diminuição de representação na Câmara dos Deputados e nas Assembleias Legislativas Estaduais. O alcance das imunidades parlamentares era reduzido (na prática, não existia desde muito tempo).

700 A lei que definia o programa de Moral e cívica tinha por introdução os objetivos da matéria que seriam: “defender os princípios democráticos pela preservação do espírito religioso, da dignidade do ser humano e do amor à liberdade, com responsabilidade sob a inspiração de Deus.” *(sic)*

CAPÍTULO XIX
A REDEMOCRATIZAÇÃO
E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. O Fim do Regime Militar

A partir de 1978, no último ano do Presidente General Ernesto Geisel, forças populares e democráticas começaram a ressurgir pelo país. O início se deu com as greves dos metalúrgicos de São Paulo, nas quais cem mil operários cruzaram os braços exigindo melhores salários. Apesar de a legislação trabalhista proibir greves e ser extremamente opressiva, apesar de os líderes terem sido presos, este foi o primeiro sinal que o país viu de uma resistência.

No período da presidência de Geisel, várias mortes na prisão de opositores do governo, jornalistas, operários repercutiram muito negativamente na opinião pública. Parecia que uma parte cada vez maior da população não estava mais disposta a suportar a repressão.

Com o governo do General João Batista Figueiredo, as esperanças acenderam-se, a palavra "Abertura" que indicava naquela época uma redemocratização, entrava novamente em voga. Mas o general que adorava equitação apenas substituiu o AI–5 pelas "salvaguardas", pelos "estados de emergência" com o mesmo efeito do Ato Institucional.

Mas o governo militar não tinha muitas saídas, poderia protelar, mas não evitar a redemocratização. A crescente impopularidade do regime aumentava o perigo de organização popular e, além disso, como o modelo econômico implantado pela ditadura estava derivando em crescentes déficits, principalmente após a crise do petróleo do início da década de 70, a crise econômica e consequentemente social, que iria emergir violenta mais cedo ou mais tarde, indicava que os que construíram o problema iam desejar passá-lo para outros, no caso, os civis.

Nos últimos meses de 1983, teve início em todo o país uma campanha pelas eleições diretas para presidente intitulada "Diretas Já!", e o movimento chegou ao auge em abril de 1984, quando a

emenda Dante de Oliveira, como ficou conhecida a proposta de emenda constitucional para restabelecer as eleições diretas, foi votada.[701]

Para intimidar os parlamentares que iriam votar a emenda, o governo decretou medidas de emergência no Distrito Federal, nomeando o General Newton Cruz para executá-las. Em clima de medo os governistas derrotaram a emenda.

Canalizou-se então a energia oposicionista para tentar conseguir eleger, indiretamente, por Colégio Eleitoral um presidente civil. Reunido o Colégio Eleitoral, a vitória foi da oposição, mas esta não conseguiu seu intento. O presidente eleito adoeceu e morreu, e seu vice assumiu, José Sarney, o primeiro presidente civil depois de duas décadas de ditadura havia sido da ARENA, partido que compartilhou o poder com os militares.

O país voltou suas esperanças para uma nova Constituição.

2. A Constituinte de 1987

A sociedade brasileira encarou de várias maneiras diferentes a feitura de uma nova Constituição. Sem dúvida, esperava-se que a democracia saísse vitoriosa depois de anos de mordaça, para maior parte do povo a constituição era a esperança de aumentar sua participação política, econômica e social. Para os partidos de esquerda, era o momento de se remover o "entulho autoritário", ou seja, uma série de leis e atos da ditadura que limitavam o exercício da cidadania. Para aqueles que comungaram do Regime Militar, era o momento de se fazer simplesmente uma reforma jurídica, curta e eficiente.

Sob uma inflação galopante e imensa, os trabalhos constituintes se iniciaram em fevereiro de 1987 e, pela primeira vez na história do país, a Constituinte aceitava propostas encaminhadas pela população, as emendas populares.[702]

Mas a Assembleia Nacional Constituinte não foi capaz de fortalecer vínculos partidários, nem de se colocar independente de fato do Poder Executivo. Desde a sua instalação, a pressão do Presidente se fazia presente, principalmente através da legislação ditatorial que ainda existia.

701 O Rio de Janeiro e São Paulo, na campanha pelas diretas, tiveram a participação de mais de um milhão de pessoas em cada.

702 Petições encaminhadas por, pelo menos, três organizações da sociedade civil com pelo menos 30.000 assinaturas.

Em sua essência, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 demonstrava a heterogeneidade das forças sociais e a fragilidade dos elos entre sociedade e partidos políticos, à exceção do Partido dos Trabalhadores que, por sua origem, tinha possibilidade de estabelecer essa ligação.[703]

Para uma noção geral, a Constituição, hoje em vigor, foi feita por pessoas que não refletiam a heterogeneidade do Brasil. Trinta e dois por cento dos congressistas eram ligados a interesses industriais e apenas 3% eram profissionais de nível médio. Os interesses do capital chegavam a atingir 42,25% do total de participantes e os interesses trabalhistas somente 12,15%.[704]

Os latifundiários também estavam presentes e organizados. Com uma agressiva campanha, a UDR (União Democrática Ruralista) conseguiu através de *lobbies*, praticamente tudo o que desejava.

Nessa Constituinte, todas as vitórias mais democráticas foram conseguidas apenas porque se estabelecia uma Reforma Constitucional (em 1993) e porque muitos dos avanços angariados pela esquerda tiveram uma redação final de tal maneira colocados que não tem uso, senão com legislação complementar que nem sequer é lembrada.

Os maiores articuladores desses impedimentos inteligentes formavam o "Centrão", grupo de direita, historicamente aliados de empresários e do Regime Militar, que disputaram cada vírgula da versão final, para que não houvesse possibilidade de uma vitória efetiva dos interesses da esquerda.

3. Características Gerais da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 tem uma característica que a faz alvo de críticas: muitos elementos estabelecidos em seus parágrafos e incisos poderiam ter sido definidos em legislação comum. Isso significa que aqueles que criticam a forma pela qual a Constituição de 1988 foi feita reclamam que ela é por demasiado pesada, repleta de casuísmos o que gera um entrave, visto que qualquer mudança, por mínima que seja, exige uma emenda constitucional, algo bastante difícil e trabalhoso.

---

703 MENDONÇA, Sonia Regina de; FONTES, Virginia Maria. **História do Brasil recente**: 1964 – 1992. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 90.

704 *Ibidem*, p. 90.

Por outro lado, "o caráter enciclopédico da Constituição derivava do medo do retorno ao arbítrio, ainda muito recente na memória nacional."[705] A Lei Maior parecia ser o lugar mais protegido que as conquistas democráticas poderiam ficar.

Na Constituição de 1988, chamada de "Constituição Cidadã", os Direitos Individuais Clássicos são assegurados. O artigo quinto é um exemplo desses princípios, como a liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), reunião (art. 5º, inciso XVI), privacidade (art. 5º, inciso X), inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI), inviolabilidade de correspondência (art. 5º, inciso XII).

A Constituição também estabeleceu uma série de garantias trabalhistas que agora envolviam tanto o trabalhador urbano quanto o rural, inclusive, por exemplo, a universalização do direito de greve, agora incluídos os funcionários públicos (art. 9º), a jornada de trabalho de 44 horas semanais (art. 7º, inciso XIII), a irredutibilidade do salário (art. 7º, inciso VI), a participação nos lucros (art. 7º, inciso XI), o salário família (art. 7º, inciso XII), a licença maternidade estendida a 120 dias (art. 7º, inciso XVIII), a controversa licença paternidade (art. 7º, inciso XIX).

A questão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no caso de demissão sem justa causa, foi uma das partes da Constituição que gerou efeito mais imediato e relativamente negativo aos trabalhadores. A multa para demissão sem justa causa foi estabelecida no artigo 7º, inciso III, em 40% sobre o montante depositado na conta do trabalhador. Isso acabou gerando um aumento da contratação informal e da terceirização.

O Judiciário voltou a ter independência (Título IV, Capítulo III), com autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade. O Legislativo (Título IV, Capítulo I) também tomou de volta sua independência, inclusive aumentando o espectro de possibilidades de seu poder.

705 SILVA, Francisco Carlos Teixeira. Brasil, em direção ao século XXI. In: LINHARES, Maria Yedda (org.). **História geral do Brasil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 344.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Manuel Mauricio de. **Pequena história da formação social brasileira.** 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

ALGRANTI, Leila Mezan. **D. João:** os bastidores da independência. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 2 v.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

APTHEKER, H. **Uma nova história dos Estados Unidos:** a revolução americana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ARISTÓTELES. **A constituição de Atenas**. São Paulo: Hucitec, 1995.

ASÚA, L. Jiménez de. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1971.

AUSTIN, Michel *et alii.* **Economia e sociedade na Grécia antiga**. Lisboa: 70, 1986.

AZEVEDO, Antonio Carlos do Amaral. **Dicionário de nomes, termos e conceitos históricos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BATALHA, Cláudio. **O movimento operário na Primeira República**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

______. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. 2. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERCITO, Sonia de Deus Rodrigues. **O Brasil na década de 1940**: autoritarismo e democracia. São Paulo: Ática, 1999.

BESSELAAR, J. V. D. **Introdução aos estudos históricos**. 3. ed. São Paulo: Herder, 1970.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulinas, 1985.

BLACHÉRE, Régis. **O Alcorão**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969.
BLOCH, Marc. **Introdução à história**. Sintra: Europa-América, [19- –].
BONACCHI, Gabriella; GROPPI, Ângela (Orgs.). **O dilema da cidadania:** direitos e deveres das mulheres. São Paulo: Unesp, 1995.
BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
BORN, A. Van Den (redator). **Dicionário enciclopédico da Bíblia**. Petrópolis: Vozes, 1971.
BOUTIER, Jean; JULIA, Dominique. **Passados recompostos**. Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, 1998.
BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
______. **Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano**. Petrópolis: Vozes, 2001.
BRUCKBERGER, R. L. **A república americana**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1960.
CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.
CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.
CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência**: a política da era Vargas. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.
CARCOPINO, Jérôme. **Roma no apogeu do Império**. São Paulo: Companhia das Letras/Círculo do Livro, 1990.
CARDOSO, C. F. S. **A cidade Estado antiga**. São Paulo: Ática, 1985.
CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito:** seis meditações sobre o direito. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2001.
CARR, E. H. **Que é história?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas:** o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.
______. **Teatro das sombras:** a política imperial. Rio de Janeiro: IUPERJ; São Paulo: Vértice, 1988.
______. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
CERQUEIRA, Marcello. **A constituição na história**: origem e reforma. Rio de Janeiro: Revan, 1993.
CHAGAS, Carlos. **O Brasil sem retoque, 1808 – 1964**: a história contada por jornais e jornalistas. 2 volumes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade:** uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
CHASSOT, Attico. **A ciência através dos tempos**. São Paulo: Moderna, 1994.
CHAUNU, Pierre. **A história como ciência social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1990.
COLLINGWOOD, R. G. **A idéia de história** Lisboa: Presença, 1972.
CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
CONTREIRAS, Helio. **Militares:** confissões. 3. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
CORREIA, A. SCIASCIA, G. **Manual de direito romano**. Rio de Janeiro: Livros Cadernos, [19- -].
CORVISIER, André. **História moderna**. 3. ed. São Paulo: Difel, 1983.
COSTA, Emilia Viotti da. **A abolição**. 4. ed. São Paulo: Global, 1988.
______. **Da senzala à colônia**. São Paulo: Brasiliense, [19 —].
COSTA, Mário Julio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
COULANGES, Foustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975.
CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano moderno:** introdução ao direito civil brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
D'HAUCOURT, Geneviève. **A vida na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
______. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
DIAKOV, V.; KOVALEV, S. **História da antigüidade – a sociedade primitiva, o oriente**. Lisboa: Estampa, 1976.
FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991.
FAORO, Raimundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 9. ed. São Paulo: Globo, 1991.
FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
FERRARI, Regina M. M. Néri. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Waldemar Matins. **História do direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1954.
FOURQUIN, Guy. **Senhorio e feudalidade na Idade Média**. Lisboa: 70, 1987.
FOWLER, W. W. **The city State os the greeks and romans**. Londres: Macmillan, 1916.
FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e Teoria dos Períodos Políticos no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.
FRANCO JÚNIOR, Hilário. **A Idade Média, nascimento do ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 1986.
FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.
FURET, François. **Pensando a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
GANSHOF, F. L. **Que é o feudalismo?** 2. ed. Lisboa: Europa América, 1968.
GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
______. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
GILISSEN, J. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1995.
GIORDANI, Mario Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
______. **Historia de Roma**. Petrópolis: Vozes, 1968.
______. **O código civil à luz do direito romano – direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
______. **O código civil à luz do direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
______. **História da antigüidade oriental**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
GODECHOT, Jacques. **A Revolução Francesa:** cronologia comentada**.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
GONZAGA, João Bernardino. **A Inquisição em seu Mundo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. São Paulo: Ática, 1988.
GRIMAL, P. **O amor em Roma**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
GRIMBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HABERT, Nadine. **A década de 70**: apogeu e crise da ditadura militar brasileira. 3. ed. São Paulo: Ática, 2001.
HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
HOLANDA, Sergio Buarque de. **História geral da civilização brasileira**: a época colonial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, [19 – -].
JESUS, Damásio E. **Direito Penal** – Parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
JOMIER, Jacques. **Islamismo: história e doutrina**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
JURJI, Edward J.(org). **História das grandes religiões.** Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1956.
KINDER, Hermann; HILGERMANN, Werner. **Atlas histórico mundial**. 12. ed. Madrid: Istmo, 1985. 2 vol.
Laboratório de História Antiga: UFRJ. **Phôinix**. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1995.
LACOMBE, Américo Jacobina; TAPAJÓS, Vicente. **História administrativa do Brasil:** organização e administração do Ministério da Justiça no Império. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, 1986.
LIMA, J. B. de Souza. **As mais antigas normas do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
LIMONGI, Dante Braz. **O projeto político de Pontes de Miranda**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
LINHARES, Maria Yedda (org.). **História geral do Brasil.** 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
LINS, Ivan. **A Idade Média**. Rio de Janeiro: Brasílica, 1939.
LOBO, Abelardo S. da C. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Álvaro Pinto, 1931.
MACEDO, Roberto. **História administrativa do Brasil:** Brasil sede da monarquia – Brasil Reino. 2. ed. Brasília: Unb; Centro de Formação do Servidor Público, 1983.
MACEDO, Silvio de. **História do pensamento jurídico**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAURO, Frédéric. **O Brasil no tempo de dom Pedro II**. São Paulo: Cia. das Letras/Círculo do Livro, 1991.
MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
MENDES JÚNIOR, Antonio; MARANHÃO, Ricardo (Orgs.). **Brasil história: texto e Consulta – República Velha**. São Paulo: Hucitec, 1991, v. 3.
______. **Brasil história: texto e Consulta – Colônia**. São Paulo: Hucitec, 1991, v. 1.
______. **Brasil história: texto e Consulta – Império**. São Paulo: Hucitec, 1991, v. 2.
MENDONÇA, Sonia Regina de; FONTES, Virginia Maria. **História do Brasil recente**: 1964 – 1992. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001.
MESGRAVIS, Laima; PINSKI, Carla B. **O Brasil que os europeus encontraram**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002.
MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.
MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código pena interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
______. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
MONTEIRO, Hamilton M. **Brasil Império**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994.
______. **Brasil República**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1994.
MONTENEGRO, Antonio Torres. **Abolição**. São Paulo: Ática, 1988.
MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
MOTA, Carlos Guilherme. **Brasil em perspectiva**. 4. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.
MUNAKATA, Kazumi. **A legislação trabalhista no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1981.
NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
NICOLAU, Jairo. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
O ALCORÃO (trad. Mansour Chalita). Rio de Janeiro: ACGI, [20- -].
PAES, Maria Helena Simões. **A década de 60:** rebeldia, contestação e repressão política. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001.
PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002.
PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. Lisboa: Calouste Gulbekian, [19 – -].

PERROT, Michele. **Mulheres públicas**. São Paulo: Unesp, 1998.
______. **Os excluídos da história**: operários, mulheres, prisioneiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
PESSÔA, Eduardo. **História do direito romano**. São Paulo: Hábeas, 2001.
PETIT, Paul. **História antiga**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.
PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
PILAGALLO, Oscar. **O Brasil em sobressalto**: 80 anos de história contados pela Folha. São Paulo: Publifolha, 2002.
PINTO, V.; ARANHA, M. L. de A.; MARTINS, M. H. P. **Filosofando:** introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1986.
PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000.
QUEIROZ, Suely R. Reis de. **A abolição da escravidão.** 5. ed. São Paulo: Brasiliense, [198 -].
QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ática, 1987.
RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
RICHÈ, Pierre. **As invasões bárbaras**. Sintra: Europa-América, [19 – -].
RODRIGUES, Marly. **A década de 50**: populismo e metas desenvolvimentistas no Brasil. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001.
ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
ROSTOVTZEFF, M. **História da Grécia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
______. **História de Roma**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.
RUDÉ, George. **A multidão na história:** estudo dos movimentos populares na França e Inglaterra, 1730 – 1848. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
SABORIT, Ignasi Terradas. **Religiosidade na Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Imago, 1989.
SALLES, Ricardo. **Nostalgia imperial**: a formação da identidade nacional do Brasil do Segundo Reinado. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.
SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
SILVA, Nuno J. E. G. da. **História do direito português:** fontes do direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1991.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
______. **Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
SOBOUL, Albert. **A Revolução Francesa**. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
SODRÉ, Nelson Werneck. **Vida e morte da ditadura**: 20 anos de autoritarismo no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1984.
SOUSA, João Silva de. **Religião e direito no Alcorão**. Lisboa: Estampa, 1986.
STAROBINSKI, Jean. **1789: os emblemas da razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
VALLE, Gabriel. **Dicionário de expressões jurídicas latim-português**. 2. ed. Campinas: Copola, 2002.
VARGAS, Getulio. **Diário** – 2 vol. São Paulo: Siciliano; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.
VEYNE, Paul. **Como se escreve a história: Foucault revoluciona a história**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
VOLTAIRE; DIDEROT. **Voltaire e Diderot**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa contra a Igreja:** da razão ao Ser Supremo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.
WILHELM, Jacques. **Paris no tempo do rei sol**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ANEXOS

Conquistas Romanas no Mediterrâneo
Europa
Mar Cáspio
Oceano Atlântico
Gália
Pireneus
Itália
Roma
Macedônia
Mar Negro
Península Ibérica
Grécia
Ásia Menor
Creta
Chipre
Síria
Alexandria
Egito
África

Império Romano
Mar Negro
Roma
Bizâncio
Atenas
Tarso
Antioquia
Cartago
Mar Mediterrâneo
Jerusalém
Alexandria

Crescente Fértil

Turquia

Irã

Mesopotâmia

Síria

Damasco

Rio Eufrates

Rio Tigre

Babilônia

Jerusalém

Egito

Rio Nilo

Arábia

Expansão Portuguesa
América do Norte
Europa
Lisboa
Ceuta
Ásia
San Salvador
África
Calicute
América do Sul
Porto Seguro
Oceano Pacífico
Oceano Índico
Oceano Atlântico
Cabo da Boa Esperança
Ceuta - 1415
Arquipélago das Madeira - 1419
Arquipélago dos Açores - 1431
Arquipélago de Cabo Verde - 1445
Bartolomeu Dias - 1488
Descobrimento da América - 1492
Vasco da Gama - 1498
Pedro Álvares Cabral - 1500

Grécia Antiga
Grécia Central
Peloponeso
Ática
Atenas
Ásia Menor
Olimpia
Esparta
Ilhas Cíclades
Mar Egeu
Creta

Capitanias Hereditárias
Maranhão - 1ª
Maranhão - 2ª
Ceará
Rio Grande
Itamaracá
Pernanbuco
Bahia de Todos os Santos
Ilhéus
Porto Seguro
Espirito Santo
São Tomé
São Vicente - 1ª
Santo Amaro
São Vicente - 2ª
Santana